Das Verhältnis von Forderung und Hypothek im deutschen bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer hohen

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt

von

Erwin Lehmann

Referendar aus Tübingen.

1938

Das Verhältnis von Forderung und Hypothek im deutschen bürgerlichen Recht

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer hohen

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen

Fakultät -

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen.

Vorgelegt

von

Erwin Lehmann

Referendar aus Tübingen.

Gedruckt in der Buchdruckerei Gg. Hauser, Metzingen (Württ.)
1938

Obmann: Prof. Dr. Georg Eißer.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Schönfeld
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Kreller.

Tag der mündlichen Prüfung: 10. März 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549601_0087

A. Einleitung

Aufgabe und Gang der Arbeit

I. Kaum ein Rechtsgebiet des deutschen bürgerlichen Rechts ist so schwierig und daher von Streitfragen erfüllt wie das Hypothekenrecht. Das beweist nichts gegen die Güte der entsprechenden Rechtsbestimmungen. Das Hypothekenrecht ist, obwohl darin widerstreitende Auffassungen ihren Niederschlag fanden, nach meiner Auffassung sogar einer der verhältnismäßig wohlgelungensten Teile des BGB.

Mit ein Grund für die schwere Verständlichkeit des deutschen Hypothekenrechts ist der Umstand, daß es drei Wirklichkeiten kennt. Da ist zunächst die Wirklichkeit der tatsächlichen, äußeren Rechtsbeziehungen der Menschen untereinander, dann die Buchwirklichkeit und schließlich die Scheinwirklichkeit des fiktiven „gilt als".

Wenn es sich die Arbeit zur hauptsächlichen Aufgabe setzt, zu prüfen, ob und inwieweit die Hypothek des BGB. an die Forderung angelehnt ist, soll scharf auseinandergehalten werden, was nun einmal geltendes Recht, oder herrschende Meinung ist, und was nach eigener oder fremder Auffassung anders sein sollte.

Um klar zu stellen, ob die Anlehnungsgrundsätze heute nur noch ein Ueberbleibsel früherer rechtsgeschichtlicher Notwendigkeiten oder gar ein Ergebnis vergangener, weltfremder Begriffsjurisprudenz sind, oder aber, ob diese Grundsätze, wie ich meine, aus der Natur der Sache hervorgehen, soll auch eine rechtsvergleichende und rechtsgeschichtliche Darstellung gegeben werden. Diese soll dartun wie dasjenige Grundpfandrecht, das im ausländischen Recht unserer Hypothek entspricht, in den meisten Kulturstaaten der Erde, vom englischen Rechtskreis abgesehen, von einer persönlichen Forderung mehr oder weniger streng abhängig ist, und zwar auch in solchen Staaten, die nicht so sehr römisch-rechtlichen Einflüssen ausgesetzt waren. Es wird sich dabei eine Abhängigkeit zeigen dergestalt, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek das Nebenrecht ist. Das Recht der dem Deutschen Reich stammesverwandten Staaten soll dabei eingehender behandelt werden, also vor allem dasjenige Oesterreichs und der Schweiz. Das französische Recht ist für unsere Fragestellung deshalb von Bedeutung, weil es die Anlehnungsgrundsätze am schärfsten durchgeführt hat. Auch die Hypothek des brasilianischen Rechtes ist streng abhängig und weist außerdem noch wie diejenige des schwedischen Rechtes eine bemerkenswerte Einzelheit auf, die für das kommende deutsche Recht in Erwägung zu ziehen wäre. Die Besprechung des englischen Rech-

tes zeigt, daß hier das Grundpfandrecht bis zur Neuzeit unabhängig von einer Forderung war. Das beweist aber zunächst nichts als die Starrheit des englischen Rechts, denn das alte deutsche Grundpfandrecht war auch unabhängig. Die Entwicklung im englischen Recht geht aber, wie gezeigt werden soll, dahin, das englische Grundpfandrecht der abhängigen Hypothek vieler anderer Kulturstaaten anzunähern.

Ueberprüft werden auch verschiedene hypothekenrechtlichen Bestimmungen außerhalb des BGB., insbesondere diejenigen des Aufwertungsrechtes.

Als Ergebnis wird sich dabei zeigen, daß die Anwendung der Anlehnungsgrundsätze, ebenso wie im BGB., sachgemäße und gerechte Entscheidungen ermöglicht.

Wenn vereinzelt versucht wird[1]), die abhängige Hypothek zu Gunsten der unabhängigen Grundschuld gänzlich aus dem BGB. zu verbannen, soll nachgewiesen werden, daß dies im geltenden Recht weder vom rechtssystematischen Standpunkt aus möglich, noch vom wirtschaftspolitischen Standpunkt aus erwünscht ist.

So unentbehrlich auch die von einer Forderung abhängige Hypothek für das deutsche Recht ist, so weist sie doch in ihrer jetzigen Gestalt Mängel auf. Wie diese in Anwendung vernünftig verstandener Anlehnungsgrundsätze beseitigt werden können, soll am Schluß gezeigt werden.

---

[1]) Heck, a. a. O., S. 347.

B. Hauptteil

I. Allgemeiner Teil

§ 1. Die Hypothek, ihre wirtschaftliche Rolle und ihre systematische Stellung innerhalb des BGB.

I. Die wirtschaftliche Rolle der Hypothek

Vier wirtschaftliche Aufgaben vermag die Hypothek zu erfüllen:

1) Sie kann eine Forderung sichern.

Sie dient aber außerdem zur:

2) Beschaffung von Kapital,
3) Anlage von Kapital,
4) Belebung des Kapitalumlaufes.

Auch die drei letztgenannten Aufgaben haben seit der Geltungsdauer des BGB. eine Rolle gespielt. Es ist unzulässig, von einem Zweckwandel der Hypothek zu sprechen, als ob etwa erst in der Nachkriegszeit die Hypothek als „Ware" gegenüber der Hypothek als bloßem Sicherungsmittel Bedeutung erlangt hätte, und daher diesem wirtschaftlichen Zweckwandel eine Aenderung der Rechtsbestimmungen folgen müsse[2]). Die Hypothek als Ware hat es seit Inkrafttreten des BGB. immer gegeben. Die Ueberbetonung dieser Eigenschaft gegenüber der Sicherungsfunktion ist rechtspolitisch durchaus unerwünscht. Im nationalsozialistischen Recht hat dies seinen Ausdruck gefunden in der grundsätzlichen Unbelastbarkeit des Reichserbhofes. Manche Erbhofgerichte lassen, wenn sie schon eine Belastung genehmigen, nur die sichere Hypothek zu, nicht aber die leichter abtretbare und wegen ihrer Unbestimmtheit bezüglich der tatsächlichen Valutierung für den Laien viel gefährlichere Grundschuld[3]).

II. Die systematische Stellung der Hypothek innerhalb des BGB.

Die Hypothek ist nach heute durchaus herrschender Meinung ein dingliches Recht[4]). Für das frühere Recht bestritten dies:

---

[2]) Böhmer, Arch. f. z. Pr., Bd. 123/335.
[3]) Breitinger, Württ. Z., S. 245. (1935.)
[4]) Motive, S. 676.

Meibom[5]), Sohm[6]), die die Hypothek als Realobligation auffaßten. Für das geltende Recht leugnen die dingliche Natur der Hypothek Otto v. Gierke[7]), Du Chesne[8]) und Binder[9]).

Binder führt aus, daß die Hypothek kein durch actio in rem geschütztes Recht auf Besitz gewähre, sie stelle daher ein bloßes Forderungsrecht dar. Dem ist entgegenzuhalten, daß durch die Hypothek sogar eine Durchbrechung des Grundsatzes erfolgt, daß niemand seinem Nachfolger mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat. Das dem Eigentümer gegenüber beschränktere Recht des Pfandgläubigers besteht gerade darin, die Pfandsache zu verwerten und dem Erwerber das Vollrecht, nämlich Eigentum zu verschaffen.

Die Auffassung von Otto v. Gierke von der Hypothek als dinglicher Schuld, ausgehend von dem dem alten deutschen Recht bekannten Auseinanderfallen von Schuld und Haftung, hat sich für das geltende Recht nie durchsetzen können; dem BGB. ist eine solche Spaltung von Schuld und Haftung unbekannt.

Du Chesne will bezüglich der Verschaffungsbefugnis des Hypothekengläubigers noch einen Unterschied machen. Er sagt, daß das Wertrecht der Hypothek weder auf Sicherung des Besitzes noch auf Verschaffung eines Vermögensvorteiles gerichtet ist, sondern vielmehr auf Selbstbeschaffung dieses Vermögensvorteiles. Die Hypothek habe also weder dinglichen noch obligatorischen Charakter, sie sei ein Rechtsgebilde sui generis. Er will die Hypothek als ein sogenanntes „dynamisches Recht" aufgefaßt wissen, das sich namentlich durch das Hereinbeziehen eines öffentlich-rechtlichen Elements in das Privatrecht und die Benutzung dieses Elements als Triebfeder für die selbsttätige Weiterentwicklung von dem dinglichen Recht und dem Schuldrecht unterscheidet. Die Ausführungen von Du Chesne sind aufschlußreich über das Wesen des Verwertungsrechtes, das die Hypothek darstellt. Dafür aber, die Zahl der dem BGB. bekannten Rechte noch um ein dynamisches Recht zu vermehren, liegt m. E. kein Grund vor. Das Verwertungsrecht der Hypothek läßt sich zwanglos unter die dinglichen Rechte einreihen.

Heck faßt die Hypothek als Realobligation auf; unten in § 10 wird eine ausführliche Darstellung und Kritik seiner Lehre von der Hypothek gegeben werden.

Daß die Hypothek ein Pfandrecht ist, steht im BGB. zwar nirgends und ist auch bestritten. Der Name Grundpfandrecht hat sich aber für die Hypothek eingebürgert. Willms[10]) will der Hypo-

---

[5]) Mecklenbg. Hyp. Recht, S. 35.
[6]) Grünhut's Zschr., Bd. 5, S. 27 ff.
[7]) Schuld und Haftung, S. 108.
[8]) Jh. J., Bd. 76, S. 207 ff.
[9]) Jh. J., Bd. 77, S. 75 ff.
[10]) a. a. O., S. 7.

thek den Pfandrechtscharakter nicht zuerkennen, da er unter Pfandrecht nur das Faustpfandrecht verstanden wissen will, das nur Sicherungszweck habe und Sachbesitz gewähre im Gegensatz zur Hypothek. Er will daher nur den Ausdruck: Grundkreditrecht zulassen. Da aber nach dem juristischen Aufbau der Hypothek der Sicherungszweck immer noch an erster Stelle steht, und der Sachbesitz in einem entwickelten Verkehrsrecht nicht dafür entscheidend sein kann, ob ein Pfandrecht vorliegt oder nicht, benützt diese Arbeit, sowohl für die Hypothek als auch für die Grundschuld, den Ausdruck: Grundpfandrecht. Auch das schweizerische Gesetzbuch bezeichnet so alle Arten von Grundstücksbelastungen. Ebenso benützt Schlegelberger[11]) diese Wendung; er sagt, daß im künftigen, voraussichtlich nicht einheitlich kodifizierten deutschen Recht das Grundpfandrecht im „Grundstücksrecht" seinen Platz finden solle. Schon älteren Gesetzen war übrigens das gemeinsame Wort: „Pfandrecht" geläufig; vergl. österreichisches Gesetzbuch, §§ 447 ff; sächsisches Gesetzbuch, §§ 369 ff. und das Allgemeine Preußische Landrecht, §§ 1 ff., I, 20.

Zusammenfassend ist zu sagen: Die Hypothek ist ein dingliches Recht an einem Grundstück und zwar ein pfandmäßiges Sachverwertungsrecht des Gläubigers wegen einer Geldforderung, dem keine Zahlungspflicht, höchstens eine Zahlungslast des Eigentümers entspricht.

§ 2. Der Begriff der Akzessorietät

I. Akzessorietät ist sowohl als Wort wie als Begriff aus dem römischen Recht übernommen. Man muß dabei die Wortbedeutung vom Substantiv: accessio und vom Verbum: accedere beachten. Im Substantiv: accessio (Nebensache) ist ausgedrückt, daß das Forderungsrecht die Hauptsache, die Hypothek die Nebensache ist, im Verbum: accedere (hinzukommen) kommt zum Ausdruck, daß die Hypothek das Schicksal der Forderung teilt. Es überrascht, daß die praktischen Römer, denen nichts ferner lag, als abstrakte Begriffsbestimmungen zu geben, hier einen allgemeinen Begriff aufstellten. Das spricht dafür, daß das Abhängigkeitsverhältnis der Hypothek von der Forderung in der Natur der Sache liegt und daß keine entwickelte Rechtsordnung an einer entsprechenden Regelung vorbeikommt. Zugegeben ist, daß der Begriff: accessio noch keine Aufklärung über die Natur des Abhängigkeitsverhältnisses an sich gibt.

Notwendig ist nur eine klare Umreißung des Begriffes durch das geltende Recht, ausgehend vom Wesen und vom volkswirtschaftlichen Zweck der Hypothek.

---

[11]) a. a. O., S. 23.

II. Das Verhältnis von Forderung und Hypothek kann auf drei verschiedene Arten geregelt werden:

1.) Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung im Entstehen, Bestehen und Untergehen. Dabei ist zu unterscheiden:

a) Die Forderung ist das Hauptrecht, die Hypothek das Nebenrecht.

Das ist die für das geltende Recht herrschende Meinung. Die Regelung des Abhängigkeitsverhältnisses in diesem Sinne muß man vor allem aus der Bestimmung des § 1153, der nur von der Uebertragung der Forderung spricht, entnehmen. Der Sprachgebrauch von der Abtretung der Hypothek ist also insofern ungenau. Auch § 1080 redet nur von einer (hypothekarisch gesicherten) Forderung, die mit einem Niesbrauch belastet ist und erwähnt die Hypothek überhaupt nicht. Das R. G.[12]) sagt in seiner, zu diesem Punkte grundlegenden Entscheidung, daß „nach dem Gesetz Hypothek und Forderung dergestalt ein einheitliches Ganzes bilden, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek ein die Befriedigung dieses Hauptrechtes sicherndes Nebenrecht ist."

b) Forderung und Hypothek stehen im selben Verhältnis zueinander, wie zwei Schulden bei der passiven Gesamtschuld.

Diese Auffassung wurde im neueren Recht zuerst von Bähr[13]) und Schott[14]), für das Aufwertungsrecht von Wunderlich[15]) und zuletzt von Heck[16]) vertreten.

2.) Es besteht nur eine teilweise Abhängigkeit:

a) der Hypothek von der Forderung.

Dieses „Entstehungsakzessorietät" vertritt für das BGB. u. a. Boehm[17]). Er legt also der Forderung nur Bedeutung für die Entstehung der Hypothek bei, läßt sie aber dann eigene Wege gehen.

b) Der Forderung von der Hypothek.

Als Prinzip ist diese Abhängigkeit natürlich ausgeschlossen, in einzelnen Punkten kommt diese „falsche Akzessorietät" vor, vergl. unten § 12.

c) Es wird auch gesagt, die Zweckbestimmung der Akzessorietät liege schon in der Zweckbestimmung der Sicherung und Verwirklichung der Forderung[18]).

---

[12]) R.G.E. 81—268 ff.
[13]) a. a. O., S. 238 ff.
[14]) Jh. J., Bd. 15, S. 10.
[15]) Dt. J.Z. 1926, S. 15.
[16]) a. a. O., S. 327 ff u. 385 ff.
[17]) a. a. O., S. 152.
[18]) Eck, Vorträge, S. 256.

Diese Auffassung ist zu wirtschaftlich gedacht und erweist sich daher vom juristischen Standpunkt aus als zu eng.

3.) Die Forderung ist nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung. Sie bildet nur die Voraussetzung für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und für die Fortdauer seines Gläubigerrechtes.

Dieser Auffassung ist u. a. Biermann[19]).

Die Kritik dieser verschiedenen Auffassungen wird, soweit hier noch nicht vorgenommen, bei der Besprechung des geltenden Rechtes im einzelnen durchgeführt.

III. Eine besondere Ansicht über das Abhängigkeitsverhältnis vertritt der Kommentar der Reichsgerichtsräte[20]). Hier wird die Hypothek zwar auch für ein angelehntes Recht angesehen, der Streit um die Akzessorietät aber für die Rechtsanwendung als bedeutungslos betrachtet, da das Gesetz nach einzelnen Richtungen besondere Bestimmungen getroffen habe; weitere Folgerungen seien daraus nicht zu ziehen.

Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Je nachdem man sich zur Akzessorietätsfrage grundsätzlich einstellt, wird man mehrere Streitfragen aus dem Hypothekenrecht verschieden beantworten, z. B. die Frage, wem die Forderung gehört, wenn Hypothek und Forderung zwar gültig sind, im Augenblick der Forderungsabtretung, aber nicht dem eingetragenen oder aus § 1155 berechtigten, bisherigen Gläubiger, sondern einem Dritten zustanden. Ein entschiedener Anhänger des Akzessorietätsgedankens wird hier die Forderung dem neuen Gläubiger zusprechen, ein Gegner wird dem Grundsatz der Unmöglichkeit eines gutgläubigen Forderungserwerbes zum Siege verhelfen gegenüber der Kraft des Akzessorietätsprinzips.

IV. Eine bedeutsame Feststellung muß noch gemacht werden. Es braucht nur ein Abhängigkeitsverhältnis zu bestehen zwischen Hypothek und Forderung, nicht aber zwischen einer Grundstücksbelastung überhaupt und der Forderung. Wenn die Hypothek bei Untergang der Forderung durch Verwandlung in eine Eigentümergrundschuld als Hypothek aus der Welt der rechtlichen Erscheinungen verschwindet, so ist damit den Anlehnungsgrundsätzen Genüge getan. Man soll aber nicht verlangen, daß die mit der Hypothek nur durch den Oberbegriff des Grundpfandrechts zusammenhängende Grundschuld ebenfalls untergeht.

V. Das Anlehnungsprinzip verdankt seine Entstehung ebensosehr logischen Ueberlegungen als auch praktischen Zweckerwägungen, die staatliche und schutzwürdige, privatwirtschaftliche Interessen berücksichtigen.

---

[19]) Zu § 1113 Erl. 2 b.
[20]) Komm. zu § 1113, 5.

Es hat deshalb immer „Ausnahmen" von den Anlehnungsgrundsätzen gegeben, wenn besondere Sachlagen dies verlangten. So nahmen die Römer zum Schutze der berechtigten Interessen des Hypothekengläubigers schon den Fortbestand der Hypothek für eine verjährte Forderung an. Umgekehrt kannte schon das Preußische Allgemeine Landrecht zum Schutz des Eigentümers die Eigentümerhypothek. Das BGB. gewährt bei der Höchstbetragshypothek die Möglichkeit, daß die Forderung ohne die Hypothek übergeht, im Interesse aller Vertragsparteien beim Hypothekengeschäft.

Es ist daher ungenau, von einem Akzessorietäts*dogma* zu sprechen. Dieses müßte allerdings seinem Wesen nach unfehlbar und starr sein. Zutreffender ist daher der Ausdruck: Anlehnungsprinzip. Auch strengste Naturgesetze von weitestem Anwendungsbereich erleiden Ausnahmen, warum sollte ein geisteswissenschaftliches Prinzip nicht auch Ausnahmen ertragen können, ohne daß das Prinzip als solches in Frage gestellt ist. Der Einwand für das geltende Recht, daß die Ausnahmen so zahlreich seien, daß die Regel entwertet werde, wird durch das Ergebnis der Arbeit widerlegt. — Gegenüber diesem Einwand muß außerdem noch in grundsätzlicher Weise Stellung genommen werden. Es handelt sich bei den „Ausnahmen" vom Anlehnungsprinzip nicht um Ausnahmen im mathematisch-naturwissenschaftlichen Sinne. Jene stellen sich vielmehr dar als *Abwandlungen* eines lebendigen Prinzips; sie sind um des Prinzips willen festgelegt und sind durch das Prinzip gerechtfertigt. Unten in § 14 wird ein besonders anschauliches Beispiel dafür gebracht werden, wie aus akzessorischen Gründen eine „Ausnahme" vom Akzessorietätsprinzip zugelassen wurde. Wenn im Verlauf der Arbeit von echten oder scheinbaren Ausnahmen gesprochen wird, möge dieser Ausdruck in dem genannten Sinne verstanden werden.

II. Besonderer Teil

1. Abschnitt

Ueberblick über die Gestaltung des Abhängigkeitsverhältnisses von Forderung und Hypothek im Laufe der Geschichte

§ 3. Allgemeines

Gemeinsam für die Entwicklung der Hypothek im römischen Recht[21]) und im deutschen Recht war, daß beide Rechtsordnungen vom Begriff der reinen Sachhaftung ausgingen. In Rom wurde sie aber bald zu einem von einer Forderung abhängigen Recht, wobei die praktischen Römer in Einzelfällen Ausnahmen von den Anlehnungsgrundsätzen festlegten, die aber auf kein Prinzip schließen lassen. — Die Entwicklung im deutschen Recht soll im Nachfolgenden ausführlicher dargestellt werden. —

§ 4. Das deutsche Grundpfandrecht

I. Unrichtig ist es, von einem germanischen Grundpfandrecht zu sprechen. Nach den neuesten Forschungen von Planitz widersprach die Verpfändung von Grundstücken germanischer Rechtsanschauung; die Entwicklung des deutschen Grundpfandrechts kann nur aus einer Auflösung des germanischen Bodenrechtes verstanden werden[22]). Nach Planitz[23]) ist auch die Unterscheidung Albrechts in „ältere und jüngere Satzung", die heute noch in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts üblich ist, nicht zutreffend. Richtig sei die Scheidung dem Inhalt nach in Substanzpfand und Nutzungspfand und der Errichtungsform nach in Besitzpfand und besitzloses Pfand.

Das Substanzpfand geht nach Planitz von der reinen Sachhaftung aus. Löst der Schuldner das Pfand nicht rechtzeitig ein, so verfällt es dem Gläubiger. Während der Sicherungszeit bleibt der Schuldner Eigentümer der Sache. Dieses Grundpfandrecht ist also streng zu scheiden vom Verkauf auf Wiederkauf und von der bedingten Eigentumsübertragung. Es ist nach Planitz'scher Auffassung[24]) ein reines Verfallpfand, das auf einem strafrechtlich begründeten zeitlich unbeschränktem Zurückbehaltungsrecht beruht, das im Fahrnispfandrecht, der unbestritten älteren Rechtsbildung

[21]) Förs-Kunkel, § 91, 2.
[22]) Einleitung a. a. O.
[23]) a. a. O., S. 111.
[24]) a. a. O., S. 181.

gegenüber dem Grundpfandrecht, entstanden ist. Sowohl das Besitz-Substanzpfand, wie auch das besitzlose Substanzpfand[25]) das in Deutschland ursprünglich, ohne Anlehnung an die römische hypotheca entstanden ist, gingen auf die Substanz des Pfandes. Beim besitzlosen Substanzpfand ist der Pfandverfall ebenfalls strafrechtlich begründet. Das hat zur Folge, daß auch ein die Schuldhöhe an Wert übersteigendes Pfand dem Gläubiger entschädigungslos zu Eigentum verfällt.

Nach diesen neuesten Forschungen läßt sich also für den Streit, ob die Hypothek ein abhängiges Nebenrecht ist aus dem deutschen Privatrecht nichts entnehmen. Einmal, weil das Grundpfandrecht überhaupt germanischen Rechtsanschauungen widersprach[26]) und, als es dann ausgebildet wurde, strafrechtlichen Charakter hatte, sodaß es möglich war, daß der Pfandgläubiger bei Verfall des Pfandes das Mehrfache der Schuldsumme erhielt.

II. Nach dieser Darstellung der modernsten Auffassung über das deutsche Grundpfandrecht soll auch die bisherige Ansicht der Privatrechtswissenschaft Erwähnung finden, soweit das Akzessorietätsproblem berührt wird.

Man unterscheidet ältere und jüngere Satzung. Nach der älteren Satzung bleibt der Schuldner im Eigentum der Pfandsache, überträgt aber dem Gläubiger die „Satzungs-Gewere", während die Eigen-Gewere ihm verbleiben[28]). Dabei gehören die Früchte des verpfändeten Gutes entweder dem Gläubiger oder aber sie dienen dazu, die Schuld langsam zu amortisieren. — Bei der jüngeren Satzung treten anstelle der Satzungs-Gewere die Rechts-Gewere an der Pfandsache. Der Schuldner bleibt dabei im Besitz und Genuß der Sache. Stobbe[29]) meint, daß die neuere Satzung sich nicht aus der älteren entwickelt habe, sondern daß beide unabhängig voneinander ausgebildet wurden, die ältere Satzung mehr für den Kapital suchenden Grundbesitzer auf dem Lande, die jüngere Satzung mehr für den Hauseigentümer in der Stadt. Schon die ältere Satzung war nicht überall reine Sachhaftung, sondern gab dem Gläubiger das Recht, sich wegen des Ausfalls an den Schuldner zu halten[30]). Es kam dabei nicht nur auf die verschiedene Ausbildung in den einzelnen Territorien, sondern auch auf die bei der Pfandbestellung getroffenen Vereinbarungen an[31]). Dieser Auf-

---

[25]) Nach Planitz in Deutschland zum erstenmal bezeugt zu Beginn des 12. Jahrhunderts in Köln und in den Städten des Kölnischen Rechts. A. a. O., S. 189.

[26]) a. a. O., S. 190.

[28]) Hübner § 53, II.

[29]) a. a. O., S. 121.

[30]) Hübner § 53, IV.

[31]) Beseler, S. 368.

fassung ist auch Otto v. Gierke[32]), der mitteilt, daß schon das Hamburger Stadtrecht von 1292 und der Sachsenspiegel (II, 1, S. 360) dem Gläubiger ein gesetzliches Recht gibt, sich wegen des Ausfalls an das übrige Vermögen des Schuldners zu halten. Ursprünglich aber kannte das alte deutsche Recht nur reine Sachhaftung[33]). Nach Haff[34]) wurde die reine Sachhaftung mit dem Pfandgute seit dem 13. Jahrhundert durch eine subsidiäre Haftung mit dem ganzen Vermögen ergänzt.

§ 5.) Die Entwicklung der Hypothek nach der Rezeption des römischen Rechts

Günstig für die Aufnahme der hypotheca war deren Aehnlichkeit mit der neueren Satzung, soweit diese in der Form auftrat, daß durch Vereinbarung oder auf Grund geschriebenen Rechtes die Haftung für die Schuld sich auch auf das ganze übrige Vermögen des Schuldners erstreckte. Der scheinbare Vorteil der hypotheca, der in Wahrheit sowohl juristisch wie wirtschaftlich ihr größter Nachteil ist, nämlich die Formlosigkeit der Begründung und Uebertragung, trug zunächst zu ihrer raschen Aufnahme bei. Von größter Bedeutung aber für die Uebernahme der hypotheca war aber wohl der Umstand, daß diese ein einheitliches Gefüge zeigt gegenüber der Vielzahl der deutschrechtlichen Pfandrechtsformen. Das Landrecht des Herzogtums Preußen von 1620 hat in größerem Umfange die Grundsätze der hypotheca übernommen[36]). Durch die Pfandbestellung ging die persönliche Haftung des Schuldners nicht unter. Wegen des Ausfalls, aber auch nur wegen des Ausfalls, durfte sich der Gläubiger an das übrige Vermögen halten, also strenge Akzessorietät. Ebenfalls streng abhängig war das Grundpfandrecht der preuß. Hyp.-O. v. 1721.

Während das preußische Landrecht von 1620 schon die römischrechtliche, formlose Generalhypothek zuließ, bewegte sich in anderen Gegenden Deutschlands der Grundpfandverkehr noch in den alt hergebrachten Formen. So heißt es z. B. im Württ. Landrecht von 1610, Teil II., Titel 7: „Wann ein ligend Gut unterpfandsweise verschriben oder verhafft würdt, soll dasselbig in das Gerichtsbuch eingeschriben oder sonsten, vermög gemeinen geschribenen Rechten, beweislich fürgenommen werden". Man sieht, daß aber auch in Württemberg subsidiär „vermög gemeiner geschribenen Rechten" das römische Hypothekenrecht gegolten hat, das als Gemeines deutsches Recht betrachtet wurde[37]).

---

[32]) Deutsches Privatrecht, S. 823.
[33]) Hübner § 53, IV.
[34]) a. a. O., § 53.
[36]) v. Schwind, S. 46.
[37]) Otto v. Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 826.

§ 6. Das Abhängigkeitsverhältnis von Forderung und Hypothek in der Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts

I. Wegen der oben erwähnten großen Mängel des römischen Pfandrechts, traten in ganz Deutschland Bestrebungen auf, das Grundpfandrecht wieder mehr auf deutschrechtliche Grundlage zu stellen. Diese bezweckten vorzugsweise die Errichtungsform für die Hypothek zu ändern und die Erkennbarkeit der hypothekarischen Belastung klar zutage treten zu lassen. Hier lag die Schwäche der römischen Hypothek, nicht aber in ihrer akzessorischen Natur. Ich halte es daher für eine Verkennung der Sachlage, wenn Willms[38]) sagt, daß nach der Rezeption die deutschen Rechtsgedanken durch die leicht bewegliche Hypothek zurückgedrängt wurde und das dingliche Recht nach römischrechtlichen Grundsätzen in Abhängigkeit von der Forderung getreten sei, was zu einer Zerrüttung des Realkredits geführt habe, bis sich wieder das deutsche Recht mehr und mehr durchsetzen konnte. Es ist genau umgekehrt wie Willms meint. Nicht die abhängige Hypothek ist an und für sich leicht beweglich, sondern eher die der reinen Sachhaftung entsprechende „Grundschuld". Es war nicht das „akzessorische", was der römischrechtlichen Hypothek ihre leichte Uebertragbarkeit verlieh. Es geht also nicht an, die Schuld an der Zerrüttung des Realkredits in der beginnenden Neuzeit auf das Akzessorietätsprinzip abladen zu wollen.

Aus dem bayerischen Pfandgesetz vom 1. 6. 1823 und dem württembergischen Pfandgesetz vom 15. 4. 1825 geht hervor, wie außerordentlich energisch man dem damals für außerordentlich wichtig gehaltenen Hypothekenproblem zu Leibe ging und wie man sich bemühte, wie es in der Einleitung zum bayerischen Pfandgesetz heißt, „den Privatkredit durch ein nach richtigen und der Erfahrung bewährten Grundsätzen abgemessenes Hypothekensystem zu erleichtern und sicher zu stellen". Besonders anschaulich und für die damalige „Hypothekennot" bezeichnend ist die Einleitung zum Württ. Pfandgesetz:

„In Erwägung der allgemein gefühlten Mängel der bisher so vielfältig verwickelten Gesetzgebung über das Pfandwesen und in Anbetracht des hieraus sich ergebenden dringenden Bedürfnisses, dem Privatkredit eine feste Stütze durch ein auf einfacher und richtiger (!) Grundlage beruhendes, neues Pfandrecht zu geben, haben wir uns bewogen gefunden, die bestehenden gesetzlichen Normen über diesen wichtigen Gegenstand einer durchgreifenden Revision zu unterwerfen."

II. In Preußen schloß sich die Neuordnung des Hypothekenrechts durch das Allgemeine Preußische Landrecht vom 1. Juli 1794 an die Allgemeine Hypothekenordnung für die gesamten königlichen Staaten vom 20. 12. 1783 an. Diese regelte vor allem das formelle Grundbuchrecht. Sie ging von den Anlehnungsgrundsätzen im römisch-rechtlichen Sinne aus.

---

[38]) a. a. O., S. 19.

Zum erstenmal im deutschen Recht hat das A.L.R. die klare, systematische Einteilung in die Hypothek als Grundpfand und das Faustpfand als Fahrnispfand vorgenommen. Es hat die Hypothek, von zwei Ausnahmen abgesehen, streng abhängig gestaltet[39]).

In seiner gesetzlichen Begriffsbestimmung sieht es im Pfandrecht[40]) überhaupt „das dingliche Recht, welches jemand auf eine fremde Sache zur Sicherung seiner Forderung eingeräumt worden und vermöge dessen er seine Befriedigung selbst aus der Substanz dieser Sache verlangen kann".

Zur Entstehung der Hypothek ist außer der Eintragung (§§ 411, 482) ein „an sich rechtsbegründeter Anspruch" nötig (§ 11). Wird die Forderung hinfällig, so auch die Hypothek (§§ 12, 415). Wird die Forderung getilgt (§§ 55, 415, 520) oder erlischt sie durch Konfusion (§§ 482, 483), so erlischt auch die Hypothek. Eine Uebertragung war nur möglich, wenn die Forderung bestand (§ 511). Bemerkenswert ist dabei, daß das ALR. in vielen seiner Bestimmungen ausdrücklich von der Forderung als dem Hauptrecht spricht (§§ 93, 97, 159, 163, 404).

Durch die erstmalige, folgerichtige Durchführung des Grundbuchprinzips ist dem Anlehnungsprinzip eine Gegnerschaft entstanden, die zu einer klaren Durchbrechung der Anlehnungsgrundsätze geführt hat; ohne Rücksicht auf Wirksamkeit und Dauer des Hauptrechtes besteht die Hypothek fort bis zur Löschung (§ 522). Zum erstenmal treten in aller Schärfe die eingangs erwähnten Wirklichkeitsprobleme im Hypothekenrecht auf. Es kämpfen die Wirklichkeit des Rechtslebens (Schicksal der Forderung) und die Buchwirklichkeit miteinander. Im ALR. siegt die Buchwirklichkeit. Da das damalige Recht noch nicht die Form der Grundschuld kannte, und auch noch nicht die verfeinerte Rechtstechnik besaß wie das BGB., siegt die Buchwirklichkeit uneingeschränkt, das Anlehnungsprinzip mußte abgewandelt werden.

Eine zweite Abwandlung des Anlehnungsprinzips ergab sich wegen des im deutschen Recht geltenden, den Römern in dieser Form nicht bekannten Prinzips des gutgläubigen Erwerbs vom Nichteigentümer: Hand wahre Hand. Mit der fortschreitenden Industrialisierung ergab sich aus dem wachsenden Kapitalbedürfnis heraus die Notwendigkeit, die Hypothek zum marktgängigen Wertpapier zu machen. Hierzu mußte man den gutgläubigen Erwerb der Hypothek zulassen, sodaß sich also die Forderung in der Hand eines gutgläubigen Erwerbers von der Hypothek löste. Das ALR. hat diesen Grundsatz des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek durchgeführt (§§ 423—426).

Während das ALR. in den geschilderten Fällen zwei deutliche Abweichungen vom Anlehnungsprinzip festlegen mußte, brauchte

---

[39]) RGE., Bd. 3, S. 267 (Entscheidung v. 17. 12. 1880).

[40]) Das Pfandrecht steht im ALR., Teil I, Titel 20, § 1 ff. Die im Hauptteil zitierten Paragraphen beziehen sich alle auf den Titel 20.

das BGB. durch die Aufnahme der Grundschuld und mit Hilfe seiner verfeinerten Rechtstechnik in diesen Fällen nicht mehr abzuwandeln. Wie weiter unten näher ausgeführt wird, verwandelt sich nach dem Recht des BGB. im ersten Fall die Hypothek sofort in eine Eigentümergrundschuld; die Eintragung im Grundbuch besagt nichts, es siegt die Wirklichkeit des Rechtslebens über die Buchwirklichkeit. Im zweiten Fall beim gutgläubigen Erwerb der Hypothek geht nach meiner Auffassung auf den Erwerber nicht eine forderungsentkleidete Hypothek, sondern eine Grundschuld über.

Das ALR. ließ schließlich noch eine weitere „Ausnahme" zu[41]), die von allergrößter Bedeutung für das moderne Hypothekenrecht wurde. Bisher galt nach dem ALR. der Grundsatz, daß Rechte auf eine Sache erlöschen, wenn der Verpflichtete das Eigentum der berechtigten Sache oder der Berechtigte das Eigentum der verpflichtenden Sache erwerbe[42]). Vereinigten sich also Hypothek und Eigentum in einer Person, so rückten Nachhypothekare auf. Das Ergebnis wurde als ungerecht empfunden, da die Nachhypothekare durch das Aufrücken einen ihn nicht gebührenden Vorteil empfangen, mit dem sie bei Begründung ihres Rechtes im allgemeinen nicht rechnen konnten.

In Abänderung dieses Uebelstandes wurde durch königliches Reskript vom 11. August 1802 eine Bestimmung getroffen, die dann als der berühmte § 52 zum ALR., I, 16, § 484 wieder erscheint. Diese besagt, daß das Hypothekarrecht nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigentümers mit dem Eigentum aufgehoben werde, solange nicht eine vom Antrag des Besitzers abhängige Löschung erfolge, könne der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht an einen Dritten rechtsgültig abtreten.

Diese Regelung war aber noch unvollständig, solange sie nicht ausgedehnt wurde auf den Fall, daß die Forderung erlischt durch Tilgung der Schuld seitens des Eigentümers. Diesen letzten Schritt machte dann die Deklaration vom 3. 4. 1824. Damit war die Eigentümerkreditbelastung geschaffen.

Schon in dem Gutachten der Gesetzeskommission vom 10. 7. 1802 und in dem Gutachten des Staatsrates vom 22. 1. 1824, auf denen die gesetzlichen Neuregelungen beruhen, ist ausgesprochen, daß dem Grundbesitzer die Befugnis über eine eingetragene Forderung und nicht bloß über eine Hypothekenstelle zu verfügen, zugestanden werden müsse. Dies wird klargestellt durch den Plenarbeschluß vom 27. 5. 1853, den der damalige höchste preußische Gerichtshof, das Obertribunal, gefaßt hat. In diesem Beschluß wird das Problem der Eigentümerhypothek durch die Annahme gelöst, daß bei Vereinigung von Hypothek und Grundstückseigentum eine Konfusion nicht eintrete, vielmehr die Forderung als fortbestehend

[41]) Vergl. Anhang zum ALR., § 52, zu I, 16, § 484.
[42]) § 482, Titel 16.

zu erachten und der Besitzer des Grundstückes als Eigentümer solcher Forderung zu denken sei. Das Forderungsrecht übe aber während der Vereinigung keine Wirkung aus, weil es sich im Zustand der Ruhe befinde; nach Aufhebung der Konfusion trete es mit allen rechtlichen Wirkungen als fortbestehend wieder in Kraft. Dieser Auffassung hat sich das Reichsgericht[43]) in seiner Entscheidung vom 18. 4. 82 angeschlossen, mit dem Hinweis „auf die in langjähriger Praxis geübten Rechtsanschauungen", allerdings ohne Begründung seines Standpunktes. Dies ist verständlich, denn es hält schwer, entgegen allen bisherigen Grundsätzen des Schuldrechts eine durch Konfusion untergegangene Forderung durch von außen kommende Einwirkungen noch am Leben zu erhalten.

III. Während die Hypothek des ALR. sich schon der modernen Hypothek näherte durch die Zulassung von wirklichen oder scheinbaren Ausnahmen vom Akzessorietätsgrundsatz, haben die Pfandgesetze von Bayern (1823) und Württemberg (1825) strenger an diesem Grundsatz festgehalten. Das bayerische Hyp.-Gesetz (§ 58) und das württembergische Pfandgesetz (Art. 108, 120) erkennen im Einklang mit dem römischen Recht die Erwerbung einer Hypothek an eigener Sache nur an, wenn der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner ist. Zum Unterschied vom römischen Recht lassen aber jene Gesetze schon durch die Tatsache der Befriedigung die Forderung mit der Hypothek auf den Eigentümer übergehen.

Völlig anders als in den genannten Ländern ist die Entwicklung des Grundpfandrechts in Mecklenburg und in den zwei Hansestädten Hamburg und Lübeck. Für Hamburg galt das Gesetz über Grundeigentum und Hypotheken vom 4. 12. 1868; in Lübeck fehlt es an einer einheitlichen Kodifikation des materiellen Hypothekenrechts, jedoch zeigen Stadtbücher und einige Hypothekenordnungen, daß man sich dem Hamburger Recht näherte.

Für Mecklenburg war maßgebend die „revidierte Hypothekenordnung für Landgüter" vom 18. 10. 1848. Alle drei genannten Gesetze schlossen sich der älteren Satzung bezw. dem Rentenkauf an. Die Pfandposten in Lübeck und die „inskribierte" Hypothek sind nach Achilles[44]) erweislich aus dem Rentenkauf hervorgegangen. Die Hamburgische selbständige Hypothek hat sich seit den Stadtrechten von 1270 und 1293 allmählich entwickelt und den Abschluß bildet das oben genannte Gesetz unter Zulassung der Eintragung von Hypotheken auf den Namen des Eigentümers[45]). Maßgebend für die Zulassung der Eigentümerhypothek in Hamburg und auch in Lübeck war das Mecklenburgische Hypothekenrecht[46]). — Während diese selbständigen Belastungen sich geschichtlich entwickelt

[43]) RGE., Bd. 7, S. 219.
[44]) a. a. O., S. 164.
[45]) Achilles, S. 153.
[46]) Achilles, S. 154.

haben, verdankt die Grundschuld des Preuß. Eigentumserwerbsgesetzes ihre Entstehung lediglich Zweckmäßigkeitsrücksichten.

Die Mecklenburgische Hypothek war grundsätzlich unabhängig von der Forderung. In § 16 der Mecklenburgischen Hypothekenordnung wird bestimmt:

1. Durch die Eintragung werden keine bloßen Sicherungsrechte für eine persönliche Verhaftung des die Eintragung Beantragenden, vielmehr selbständige dingliche Belastungen existent.
2. Es ist der Antrag auf Eintragung durch eine solch persönliche Verhaftung nicht bedingt, vielmehr solcherhalb alles einer Vereinbarung der Beteiligten überlassen.
3. Ein späterer Eigentümer ist als solcher für seine Person nicht verhaftet.

Nach Abs. 2 kann also neben der Hypothek eine persönliche Haftung vereinbart werden, ohne daß die beiden im Verhältnis von Hauptrecht und Nebenrecht zu einander stehen.

IV. Die Schwierigkeiten, die sich bei der rechtlichen Beurteilung der Eigentümerhypothek zeigten, und der Umstand, daß viele Kreise sich von der Selbständigkeit der Hypothek, wie sie das Mecklenburgische Recht geschaffen hatte, eine erhebliche Förderung versprachen[47]), führten in Preußen zu Reformbestrebungen.

Nach dem Regierungsentwurf sollte die Eintragung der Forderung eine selbständige Realobligation begründen. Die Motive zu diesem Entwurf führen aus, daß die Gültigkeit der Hypothek nicht von der Gültigkeit der Schuld abhängen dürfe, die Hypothek müsse ihre Gültigkeit in sich selbst tragen; diese solle nur durch Formalakt der Entragung bedingt sein. Die Hypothek müsse sozusagen als Realwechsel ausgestaltet werden. Die Kommission des Herrenhauses hatte aber höchstes Bedenken, der Uniformität und Einfachheit des neuen Rechtsgedankens wegen die bisherige Konstruktion der Hypothek ganz aufzugeben und also die Grundbesitzer zu nötigen, die Form der selbständigen Hypothek selbst da zu wählen, wo der Gläubiger mit der akzessorischen Sicherheit zufrieden sei. Man beschloß daher, die abhängige Hypothek beizubehalten und zur Unterscheidung von derselben, die selbständige als Grundschuld zu bezeichnen. Die alte angelehnte Hypothek und die neue selbständige Grundschuld wurden so im „Gesetz" über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten" vom 5. 5. 1872 in dessen 3. Abschnitt als Formen des Realkredits festgelegt.

In der Rechtstechnik weist das EEG. gegenüber dem BGB. — vielleicht zum Vorteil — den Unterschied auf, daß die Hypothek und Grundschuld, wo diese rechtliche Gemeinsamkeiten aufweisen, auch in einer gemeinsamen Bestimmung behandelt werden. So

[47]) Achilles, S. 154.

sagt z. B. § 18 EEG.: „Das Recht der Hypothek und der Grundschuld entsteht durch Eintragung im Grundbuch“ und § 57 EEG.: „Das Hypotheken- und Grundschuldrecht wird durch Löschung im Grundbuch aufgehoben“. Während die Grundschuld durch das EEG. erschöpfend geregelt wurde, gelten für die Hypothek die Bestimmungen des bisherigen Rechts noch insoweit, als sie nicht durch das EEG. beseitigt worden sind[48]).

Es ist allerdings zu sagen, daß die Hypothek des EEG. im wesentlichen die des ALR. war.

Eine Begriffsbestimmung der Hypothek wie in § 1113 BGB. findet sich im EEG. nicht. Es stellt Hypothek und Grundschuld als gleichberechtigte Grundkreditmittel nebeneinander. Hypothek und Grundschuld sind auswechselbar: § 29.

Das Obertribunal hat nun auch für die Geltung des EEG. an seiner Konstruktion der Eigentümerhypothek festgehalten; im Anschluß daran auch das Reichsgericht. Wir mir scheint mit Unrecht. Nachdem jetzt die selbständige Grundschuld geschaffen worden war, bestand kein Anlaß mehr, in Durchbrechung wichtigster Grundsätze des Schuldrechts bei Konfusion oder Schuldtilgung durch den Eigentümer die Forderung weiterbestehen zu lassen. Der persönliche Anspruch erlischt in diesem Fall eben immer, nur das dingliche Recht bleibt bestehen. Diese Auffassung vertrat im Gegensatz zur herrschenden Meinung schon Achilles[49]). Er sagt u. a.: „Der Hypothek bleibt also nur formell die Eigenschaft der Hypothek, materiell ist sie mit der Grundschuld identisch.“ Es wurde damals dagegen geltend gemacht, daß die Annahme des Erlöschens der Forderung bei der Eigentümerhypothek zu einer besonderen Klasse von Hypotheken oder Grundschulden führe und daß hierzu das Gesetz keinen Anlaß biete. Dieser Kampf gegen die Eigentümergrundschuld mußte zwangsläufig zu ihren Gunsten enden, denn die Konstruktion der Eigentümergrundschuld widerspricht weniger dem juristischen Denken als die Konstruktion des Obertribunalgerichts und der früheren Auffassung des Reichsgerichts von der „Vereinigung der Funktionen des Gläubigers und Schuldners in einer Person.“

[48]) Achilles, S. 164.
[49]) Achilles, S. 306.

2. Abschnitt:

Geltendes Recht

1. Unterabschnitt: Das Recht des BGB.

Vorbemerkung: Entstehungsgeschichte

I. Um die Gestaltung des deutschen Hypothekenrechts hat ein heftiger Kampf getobt, der verschiedentlich das Zustandekommen des BGB. überhaupt in Frage gestellt hat. Die Vorarbeiten zum BGB. strebten zunächst nach einer Vereinheitlichung des Grundkredites. Dagegen wurde aber mit Recht geltend gemacht, daß allein durch die Mannigfaltigkeit der Form die Bedürfnisse des Verkehrs zu befriedigen seien. Die Anhänger einer streng akzessorischen Hypothek und die Verfechter einer unabhängigen Grundstücksbelastung standen sich in ihren Ansichten schroff gegenüber. Bei der ausgesprochenen Kompromißlösung, die schließlich zustande kam, ist es verständlich, wenn das BGB. bezüglich der Akzessorietätsfrage keine klare und grundsätzliche Stellung einnimmt. Die Verfasser des BGB. haben es auch ausgesprochen, daß es nicht möglich sei, folgerichtige Begriffsbestimmungen zu geben; die juristische Konstruktion der einzelnen Begriffe sei Sache der Wissenschaft[50]).

II. Im ersten Entwurf war die Absicht auf strenges Festhalten an der akzessorischen Natur der Hypothek gerichtet. Die Hypothek für eine bestehende Forderung wurde für ein abhängiges Recht angesehen, auch wenn die Forderung auf einem abstrakten Schuldversprechen beruhte[51]). Besonders interessant ist der Vergleich der Auffassung von den Verfassern des E. I mit derjenigen des Obertribunalgerichts über die Eigentümerhypothek. Die Motive[52]) sprechen sich über die Konstruktion des Obertribunals dahin aus, daß die Fiktion der preußischen Rechtsprechung, daß bei der Eigentümerhypothek die Forderung nur ruhe, eine höchst künstliche sei. Es müsse anerkannt werden, daß in den Fällen der Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümerschuldner die Forderung nicht bestehen bleiben könne und daher insoweit eine Forderung ohne Hypothek vorhanden sei, deren akzessorische Natur allerdings abgelehnt werden müsse.

Merkwürdigerweise macht der E. I noch nicht den letzten Schritt, um allen Konstruktionsschwierigkeiten aus dem Wege zu

---

[50]) Motive, III, S. 610.
[51]) Motive, S. 609.
[52]) S. 729.

gehen, daß er nämlich eine Grundstücksbelastung ohne eine Forderung bestehen läßt; diesen Schritt hat dann der E. II gemacht. Daran schloß sich als selbstverständliche Folge, daß die Hypothek nie mit der zugrundeliegenden Forderung erlischt, außer im Fall der zwangsweisen Befriedigung aus dem Grundstück. Jede andere Art des Erlöschens der Forderung macht die Hypothek zu einer Eigentümergrundschuld; was beim EEG. Ausnahme war, wird jetzt zur Regel. — Ein zweiter Unterschied gegenüber dem Entwurf I ist die Zulassung der Forderungsauswechslung.

III. Interessant ist der Gegenentwurf von Bähr. Seine Auffassung soll hier eingehende Erwähnung finden, weil sie in mancher Hinsicht als Vorläufer der Heck'schen Lehre über die Akzessorietätsfrage beim Pfandrecht angesehen werden kann. Bähr hält die Hypothek für eine „dingliche Forderung", deshalb definiert er die Hypothek folgendermaßen: „Ein Grundstück kann mit einer Forderung, für die ein Schuldner persönlich haftet, in der Weise belastet werden, daß der Gläubiger von den jeweiligen Eigentümern Befriedigung aus dem Grundstück verlangen kann (Hypothek)"[53]). Er sagt dann, bei der Hypothek konkurriere diese, deren Inhalt eine persönliche Forderung sei, mit einer persönlichen Forderung nach Art der Correalobligation. Aehnlich wie bei der Correalobligation habe der Hypothekengläubiger wegen derselben Forderung Klagen gegen 2 Schuldner ... wenn die Hypothek eine Forderung voraussetze, so sei sie das selbst, zwar keine persönliche aber eine dingliche. Die Verbindung sei eine rein äußerliche, die dingliche Forderung trete zu der persönlichen hinzu, aber nur so, daß diese in ihr eine zweite Form der Realisierung erhalte[54]).

Diese Auffassung von Bähr erklärt und widerlegt sich aus der Auffassung des Pfandrechts als dinglicher Forderung. Vergl. die grundsätzliche Kritik hierzu unten in § 10 bei der Kritik von Heck.

1. Kapitel

Das Verhältnis der Hypothek zur Forderung bei der Verkehrshypothek

Allgemeines

Wie schon oben in § 2 ausgeführt, steht der Begriff der Akzessorietät nicht ein für allemal fest, vielmehr muß dadurch das geltende Recht im einzelnen umrissen werden. Unbedingt erforderlich ist nur, daß im Entstehen, Bestehen und Erlöschen der Hypothek eine Abhängigkeit von der Forderung vorliegt. Der Grad der Abhängigkeit kann durch Gesetz in Anpassung an die Erfordernisse des

[53]) Vergl. § 1110 des Entwurfs, S. 238 ff.
[54]) „Gutachtliche Aeußerungen", S. 281.

Verkehrs so herabgesetzt werden, daß ein allmählicher Uebergang zur Grundschuld stattfindet. Auch bei einem geringen Grad von Angelehntheit kann immer noch ein scharfer Trennungsstrich zwischen Hypothek und Grundschuld gezogen werden.

§ 7. Die Forderung als Entstehungsbedingung der Hypothek

I. Bei dem klaren Wortlaut des § 1113 in Verbindung mit § 1192, Abs. 1, erscheint es beinahe ausgeschlossen, daß die „Entstehungsakzessorietät", nämlich die Tatsache, daß das Bestehen einer persönlichen Forderung Bedingung ist für das Entstehen der Hypothek, bestritten werden könnte. In zweifacher Hinsicht finden sich jedoch Abweichungen von der oben erwähnten Begriffsbestimmung. Oertmann[55]) verlangt in Uebersteigerung der Anlehnungsgrundsätze das Bestehen „der persönlichen Forderung, die aus dem Grundstück befriedigt werden soll". Wenn man den Begriff so formt, hat man in der Forderungsauswechslung unter Umständen einen Bruch mit den Anlehnungsgrundsätzen zu erblicken. Die Oertmann'sche Auffassung ist allerdings gedeckt durch den Wortlaut, den der heutige § 1113 im Entwurf I hatte. Dieser § 1062, Entwurf I, lautete: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß eine bestimmte Person berechtigt ist, wegen einer bestimmten Geldforderung Befriedigung aus dem Grundstück zu verlangen". Das strenge Abhängigkeitsverhältnis, das hier wie bei der Oertmann'schen Auffassung verlangt wird, ist mit dem Wesen der Verkehrshypothek unvereinbar. Wollte man es so durchführen, dann würde das Anlehnungsprinzip zum Selbstzweck. — Dies wurde vermieden durch die Abänderung des § 1062, Entwurf I. In der entsprechenden Bestimmung im Entwurf II heißt es: „Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)". Diese Fassung, die unverändert Gesetz geworden ist, weicht in doppelter Hinsicht von der des Entwurfs I ab. Einmal wird nicht von einer bestimmten Person gesprochen, sondern nur von einem Berechtigten und zum andern wird nicht mehr Befriedigung wegen einer *bestimmten* Forderung, sondern nur wegen einer dem Berechtigten zustehenden Forderung verlangt. Damit ist das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Hypothek so lose gestaltet, daß allen Ansprüchen an die Hypothek Genüge getan ist und auch gegen eine Forderungsauswechslung nichts einzuwenden ist.

Eine entgegengesetzte Meinung[56]) leugnet überhaupt die „Entstehungsakzessorietät", die Forderung sei nur für die Legitimation des Gläubigers von Bedeutung, sie bilde nur die Voraus-

[55]) Rechtsbedingung, § 464 II, 1 c.
[56]) Biermann zu § 1113, 2 b.

setzung für den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger und für die Fortdauer seines Gläubigerrechtes. Es findet sich bei den betreffenden Schriftstellern, die diese Ansicht vertreten, nirgends eine Erklärung darüber, warum die Verfasser des BGB. zwei Rechtseinrichtungen geschaffen haben sollten, die genau dieselben Aufgaben erfüllen, nämlich die Hypothek und die Grundschuld. Zur Stützung dieser Auffassung kann nicht etwa eingewendet werden, daß die Grundschuld im wesentlichen nach den Bestimmungen der Hypothek behandelt werde. Der zweite Halbsatz des § 1192, Abs. 1 „soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschuld nicht eine Forderung voraussetzt", ist in Verbindung mit § 1113[57]) eine so klare Festlegung der Entstehungsakzessorietät, daß daran alle Bekämpfungsversuche scheitern müssen. Letzten Endes haben die gegen die Begründungsakzessorietät vorgebrachten Argumente keinen anderen Zweck als den Typ der Hypothek überhaupt zu Gunsten der Grundschuld aus dem bürgerlichen Recht zu verbannen. Darzustellen, daß diese Entwicklung gegen den Sinn des deutschen Grundkreditrechts verstößt, und daß eher eine erneute Bevorzugung der Hypothek gegenüber der Grundschuld am Platz ist, gehört mit zur Aufgabe dieser Arbeit.

II. Im einzelnen sei aus dem Für und Wider bezüglich der Entstehungsakzessorietät noch folgendes angeführt:

Gegen diese scheint vor allem die Bestimmung des § 1113, Abs. 2 zu sprechen, wonach eine Hypothek auch für eine künftige oder bedingte Forderung bestellt werden kann. — Hierzu ist zu bemerken, daß bei den genannten Forderungen zur Zeit der Eintragung der Hypothek die vorhandene Rechtslage eine gewisse Gewähr dafür bieten muß, daß aus ihr in Zukunft eine Forderung entstehen kann[58]).

Zur Darstellung des eigentlichen Problems des § 1113, Abs. 2 muß aber noch etwas weiter ausgeholt werden. Für die Entstehung einer Hypothek ist außer der Forderung ebenso wichtig die Einigung von Gläubiger und Eigentümer und die Eintragung in das Grundbuch. Die Einigung im Sinne des § 873 ist durch § 1113 begrenzt. Auf diese Weise sind die beiden Entstehungserfordernisse für die Hypothek organisch mit einander verbunden. Das in § 873 festgelegte Entstehungserfordernis beruht auf dem deutschrechtlichen Grundbuchprinzip. Die Kraft dieses Prinzipes bewirkt nun, daß die Rechtsform des Bucheintrages bezw. des Hypothekenbriefes die Hypothek etwas verselbständigt, die dingliche Befriedigungsbefugnis dem Berechtigten also schon gewissermaßen mit dem Entstehen dieser Formen zugute kommt.

Ein Einfluß dieses Prinzipes ist es auch, daß der Grundbuchrichter die Eintragung der Hypothek nicht von dem Nachweis

[57]) Vergl. noch § 830 Z.P.O., wo es heißt: „Zur Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek bestellt ist . . .

[58]) RGE., Bd. 60, S. 243.

des Bestehens der Forderung abhängig machen darf. Wenn jedoch nach den Angaben der Parteien das Bestehen einer gegenwärtigen oder die Entstehung einer künftigen Forderung unmöglich ist, z. B. wenn die Forderung für den künftigen Erbteil einer Person bestellt werden soll, so hat der Grundbuchrichter die Eintragung abzulehnen, weil für sie eine Forderung notwendig ist[59]). Es kann auch keine Hypothek eingetragen werden für eine nach dem erklärten Willen der Parteien nicht zu verwirklichende Forderung[60]).

Das Anlehnungsprinzip ist aber nun stark genug, um zu erreichen, daß die Grundstücksbelastung nur dann eine Hypothek ist, falls gleichzeitig mit dem Bucheintrag oder vorher die Forderung begründet wird.

Großer Streit wäre vermieden worden, wenn das BGB. sich im § 1163, Abs. 1, Satz 1 einer genaueren Gesetzessprache bedient hätte. Statt Hypothek müßte es heißen: „Grundstücksbelastung" (Eigentümergrundschuld). So kam es bei der Beurteilung des § 1113, Abs. 2 zur Aufstellung von 2 Theorien. Die eine Anschauung geht davon aus, daß § 1163, Abs. 1 auf § 1113, Abs. 2 nicht anzuwenden sei und daß infolgedessen das Grundpfand dem Gläubiger der künftigen Forderung sofort als wirksame Hypothek zustehe[61]). Diese Theorie der ursprünglichen Fremd- oder Gläubigerhypothek erscheint aber unhaltbar. Es ist nicht richtig, wenn gesagt wird, daß bei Bestellung der Hypothek für eine künftige oder bedingte Forderung die entstehende Grundstücksbelastung nicht als Grundschuld bestehen könne. § 1113, Abs. 2 will nur die Zulässigkeit der Hypothekenbestellung für die bedingte und befristete Forderung festlegen, er besagt aber gar nichts darüber, wem das materielle Recht zustehen soll.

Dem wahren Zusammenhang zwischen § 1163, Abs. 1 und § 1113, Abs. 2 entspricht die durchaus h. M. von der „ursprünglichen Eigentümergrundschuld". Darnach steht das Grundpfand dem Eigentümer zu und zwar als Eigentümergrundschuld bis zur endgültigen Entstehung der bedingten Forderung § 1163 Abs. 1, Satz 2 ist ein Musterbeispiel für eine Bestimmung, die um der Akzessorietät willen geschaffen wurde, die aber trotzdem bezw. gerade deshalb zu gerechten Ergebnissen führt. Es ergeben sich auch im grundbuchtechnischen Verkehr keine Schwierigkeiten. Die Anwartschaft des Hypothekengläubigers auf den Erwerb der Hypothek wird geschützt durch seinen Anspruch gegenüber dem Eigentümer auf Unterlassung der Grundbuchberichtigung[62]). Das Reichsgericht begründet das Verbot dieser Berichtigung mit der Eigenschaft dieser Eigentümergrundschuld als einem nur vorläufigen

[59]) KG., Bd. 40, S. 260, Bd. 52, S. 182.
[60]) OLG., Bd. 2, S. 9.
[61]) Güthe-Triepel, Grundbuchordnung, S. 579.
[62]) RGE., Bd. 77, S. 108; Wolff § 146, II, Anm. 12.

Recht; Wolff begründet sie mit einem Erwerbsrecht des Eingetragenen, das im Kaufalgeschäft wurzelt.

Die einzige echte Ausnahme von der Entstehungsakzessorietät ist nicht im Gesetz verankert, sondern durch die Rechtsprechung zugelassen. Ein Ausfluß der Anlehnungsgrundsätze ist die Unmöglichkeit, zwei selbständige Hypotheken für dieselbe Forderung einzutragen[63]). Die Verbindung der Hypothek mit der Forderung läßt eine Selbständigkeit mehrerer Hypotheken, die für dieselbe Forderung bestellt sind, nicht zu. Eine solche Selbständigkeit müßte dazu führen, daß die Forderung sich in der Hand gutgläubiger Erwerber der Hypothek auf Grund des § 892 vervielfältigt, obwohl sie nach dem materiellen Recht doch nur einmal besteht. Außerdem würde sich noch aus § 1153 ergeben, daß jede der einzelnen Hypotheken trotz ihrer Selbständigkeit nur zusammen mit der anderen Hypothek übertragen werden könnte und selbst bei Innehaltung aller Vorschriften des § 1154 nicht überginge, sofern nicht auch die andere Hypothek mit überginge.

Das Reichsgericht und das Kammergericht haben es nun aber für rechtlich möglich erachtet, daß für eine Forderung, zu deren Sicherung bereits eine Verkehrshypothek besteht, auch noch eine Zwangshypothek eingetragen werden kann[64]). Gerade wegen der Gefahr der Rechtsverdoppelung verlangt aber das Reichsgericht, daß die Mitbelastung auf jedem Grundstück kenntlich gemacht wird. Die Notwendigkeit dieser Ausnahmeregelung ergibt sich daraus, daß wegen der Verschiedenartigkeit der Zwangshypothek (Sicherungshypothek) und der Verkehrshypothek keine Gesamthypothek entstehen kann. —

Als Bestimmung, die zwingend für die Begründungsakzessorietät spricht, ist noch hinzuweisen auf § 1115, der vorschreibt, daß bei der Bestellung der Hypothek neben dem Gläubiger die Forderung eingetragen werden muß. Nichteintragung der Forderung hat Nichtigkeit zur Folge; die Eintragung ist inhaltslos und als unzulässig gemäß § 54 Grundbuchordnung von amtswegen zu löschen. Um zu verhindern, daß mißbräuchlicherweise über Hypothek und verbriefte Forderung besondere Verfügungen getroffen werden, sieht § 58, Abs. 1 Grundbuchordnung vor, daß die Urkunde über die Forderung, falls eine solche ausgestellt wurde, mit dem Hypothekenbrief verbunden wird. In dieser Bestimmung kommt auch äußerlich die grundsätzliche Schicksalsgemeinschaft zwischen Forderung und Hypothek besonders klar zum Ausdruck. Interessant ist dabei, daß z. B. die sächsische Ausführungsverordnung § 419, Abs. 1, Satz 2 ausdrücklich die Anwendung dieser Vorschrift auf die Grundschuld verbietet.

---

63) RGE., Bd. 70, S. 245; RG., Bd. 43, S. 124.

64) RGE., Bd. 98, S. 106.

§ 8. Die Begrenzung der hypothekarischen Haftung durch die Forderung

I. Die Einwirkung der Forderung als dem Hauptrecht auf die Hypothek als dem Nebenrecht tritt besonders scharf zutage bei der Begrenzung der hypothekarischen Haftung durch die Forderung. Es siegt hier das Akzessorietätsprinzip über das Spezialitätsprinzip, die materielle Wirklichkeit über die Buchwirklichkeit. Die Hypothek haftet nämlich nicht nur für die eingetragene, bestimmte Forderung, sondern auch für solche Zinsen und andere Nebenleistungsansprüche, die unmittelbar aus der Forderung hervorgehen, selbst wenn sie nicht eingetragen sind: § 1118.

II. Umgekehrt hat sich die Hypothek durch die Regelung des § 1146, wonach der Gläubiger von dem Eigentümer Verzugszinsen verlangen kann, etwas verselbständigt. Dies kann dazu führen, daß der Eigentümer u. U. über den Betrag der persönlichen Forderung hinaus haftet. Denkbar ist dies allerdings nur wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner auseinanderfallen, da bei Identität von Schuldner und Eigentümer die Verzugsfolgen für Forderung und Hypothek in der Regel auch gleichzeitig eintreten. Diese Bestimmung erweist sich bei näherer Betrachtung auch als keine echte Ausnahme. In dem Augenblick nämlich, in dem die Verzugsfolgen eintreten, sollten statt dessen für gewöhnlich die Verbindung zwischen Hypothek und Forderung durch Befriedigung des Gläubigers gelöst sein. Es blieb daher dem geltenden Recht unbenommen, aus Billigkeitsgründen den Eigentümer von diesem Zeitpunkt ab für Verzug haften zu lassen, ohne Rücksicht auf die Höhe der Forderung.

§ 9. Der Uebergang der Hypothek bei vertraglichem oder gesetzlichem Forderungsübergang

I. Als Grund für die im Gegensatz zu § 401 zwingende Vorschrift des § 1153, wonach mit der Uebertragung der Forderung auch die Hypothek auf den neuen Gläubiger übergeht, geben die Motive[65]) an, daß die Uebertragung der Forderung ohne Hypothek ein in sich widerspruchsvoller Akt wäre; die lediglich zur Sicherung der Forderung dienende Hypothek könne nur dem jeweiligen Gläubiger zustehen, für den früheren Gläubiger würde sie ein inhaltsloses und folglich nutzloses Recht sein.

Der Auffassung, als ob das Trennungsverbot des § 1153, Abs. 2 seine Rechtfertigung nicht vom juristischen, sondern nur vom wirtschaftlichen Standpunkt aus erhalte, kann nicht beigetreten werden. Eine mögliche Rechtsverdoppelung zu vermeiden, ist nicht der alleinige Zweck des § 1153; er dient auch dazu, das

[65]) S. 706.

Grundbuch übersichtlich zu gestalten und einer Gefährdung der Rechtssicherheit vorzubeugen.

Die grundsätzlich unlösliche Verbindung zwischen Forderung und Hypothek kommt schon darin zum Ausdruck, daß mit der Uebertragung einer bloß künftigen oder bedingten Forderung, die für sie bestellte Hypothek in Form eines dinglichen Anwartschaftsrechtes auch mit übergeht.

Als Bestimmung, die in ganz besonderem Maße das Anlehnungsprinzip zur Durchführung bringt, ist der § 1137 zu werten. Der erste Erwerber der Hypothek muß sich grundsätzlich alle Einreden gefallen lassen, die aus den beiderseitigen Rechtsbeziehungen erwachsen. Hieran wird auch nichts geändert, wenn der derzeitige Eigentümer nicht mehr der ursprüngliche Schuldner ist. Gerade durch das Akzessorietätsprinzip, das bei der Hypothek das Abhängigkeitsverhältnis in erster Linie zwischen Rechten und nicht zwischen Personen festlegt, kann verhindert werden, daß der ursprüngliche Gläubiger daraus einen Vorteil zieht, daß ihm nicht mehr der ursprüngliche Schuldner entgegensteht; er rückt also dem neuen Schuldner gegenüber in Ansehung der Forderung und der Einreden nicht in die Stellung eines gutgläubigen Erwerbers ein. Die Rechtslage ändert sich nur, wenn auf der Gläubigerseite ein Wechsel im Recht eintritt. Hier greifen die nachstehend behandelten §§ 892, 1138 durch, die den Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer Hypothek umgrenzen.

Die Ausnahme des § 1137, Abs. 1, Satz 2, wonach es dem Eigentümer versagt ist, sich einredeweise auf die beschränkte Haftung des Erben des persönlichen Schuldners zu berufen, ist als Ausnahme von geringer Bedeutung. Sie erklärt sich aus der Zweckbestimmung der Hypothek, wonach der Gläubiger gegen die Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners geschützt werden soll.

Einen ausgesprochen akzessorischen Charakter trägt die Bestimmung des § 1142. Hiernach ist für die Hypothek der Inhalt des Forderungsrechtes maßgebend. So kann der Eigentümer z. B. unter den gleichen Voraussetzungen wie der persönliche Schuldner den Gläubiger durch wörtliches Angebot in Annahmeverzug versetzen[66]).

Auch § 1168 spricht für die Durchführung der Anlehnungsgrundsätze im BGB. Wenn nämlich das Interesse des Hypothekengläubigers oder des Schuldners es erfordert, kann die Forderung dadurch allein abgetreten werden, daß der Hypothekengläubiger auf die Hypothek verzichtet, die dann nach §§ 1168, 1177, dem Eigentümer als Grundschuld zufällt. Die Forderung kann nunmehr, da zwischen der Hypothek und ihr kein Zusammenhang mehr

[66]) Staudinger-Kober zu § 1142, 1 a, B.

besteht, nach den allgemeinen Grundsätzen über Forderungsabtretung (§ 398 ff.) übertragen werden.

Schließlich ist noch hinzuweisen auf die zahlreichen Fälle gesetzlichen Forderungsüberganges, bei denen die Hypothek als Sicherungsmittel mitwandert. Wenn der Eigentümer, der nicht persönlicher Schuldner ist, den Gläubiger gemäß § 1142 befriedigt oder wenn nach §§ 1150, 268 ein Dritter der Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung ein Recht an dem Grundstück oder den Besitz zu verlieren, von seinem Lösungsrecht Gebrauch macht, so geht nach §§ 1143, bezw. 268 die Forderung kraft Gesetzes auf den Eigentümer, bezw. auf den Dritten über. Im ersten Fall handelt es sich um eine „Hypothek des Eigentümers" im zweiten Fall um eine Fremdhypothek. Ebenso ist es, wenn eine Forderung nach § 774 auf den den Gläubiger befriedigenden Bürgen oder nach § 426, Abs. 2 auf eine Zahlung leistenden Gesamtschuldner übergeht, dann erwirbt der Bürge, wie der Gesamtschuldner gemäß §§ 412, 401, 1153 auch die für die Forderung bestehende Hypothek.

II. Dieser Grundsatz der Unlöslichkeit von Forderung und Hypothek bei der Uebertragung erleidet Ausnahmen, echte und scheinbare. Die zwei echten Ausnahmen sind festgelegt in den §§ 1159 und 1190, Abs. 4.

§ 1159 bestimmt, daß Forderungen auf Rückstände von Zinsen oder anderen Nebenleistungen ohne die Hypothek übertragen werden können. Diese Vorschrift wird verständlicher, wenn man bedenkt, daß diese Zinsen, soweit sie gesetzliche Zinsen sind, gewöhnlich gar nicht im Grundbuch eingetragen werden oder aber vom Hauptkapital getrennt verbucht sind, und so äußerlich kein Mißverhältnis zwischen Forderung und Hypothek auftritt. — Die Ausnahme des § 1190 wird bei der Erörterung der Höchstbetragshypothek weiter unten in § 14 besonders behandelt.

III. Die größte, nach meiner Auffassung allerdings nur scheinbare Ausnahme vom Akzessorietätsgrundsatz, ist enthalten in den Bestimmungen der §§ 892, 1138, die den gutgläubigen Erwerb der Hypothek regeln. — Hierbei sind 3 Fälle zu unterscheiden.

1. Fall: Die eingetragene Hypothek besteht nicht, weil es an einer gültigen Einigung fehlt, z. B. wegen Geisteskrankheit des Bestellers. Dieser Fall ist im Gegensatz zu den zwei folgenden unstreitig und kann daher hier gleich ausgeschieden werden: Kennt der Erwerber den Mangel nicht, so erwirbt er im Vertrauen auf die Richtigkeit des Grundbuches neben der Forderung, die ja voll wirksam ist, auch die Hypothek nach § 892. (Weshalb nicht auch § 1138 hier mitzitiert wird, soll bei der Besprechung des 3. Falles begründet werden.)

2. Fall: Die Forderung, für die eine Hypothek bestellt wurde, ist von vornherein nicht entstanden (z. B. wegen mangelnder Valutierung), nichtig (z. B. wegen Wuchers) oder anfechtbar (z. B. wegen Betrugs).

Hier erwirbt der gutgläubige Erwerber nach einer Ansicht eine forderungsentkleidete Hypothek[67]), nach der anderen Auffassung, der ich mich anschließe, eine Eigentümergrundschuld[68]). Kober gibt zwar zu, daß in Wirklichkeit eine Grundschuld bestehe, zu Gunsten des redlichen Erwerbers, aber gelte die in Wirklichkeit nicht bestehende Forderung, soweit es sich um das dingliche Hypothekenrecht handle, gleich wohl als bestehend, sodaß er die Hypothek als wirkliche Hyothek erlange. Dem gegenüber muß festgestellt werden, daß das BGB. alle Fälle, in denen die Hypothek weiter besteht, trotzdem die Forderung weggefallen ist, ausdrücklich aufgeführt hat. Ein Weiterbestehen der Hypothek ist in diesen Fällen nur möglich, weil eine andere Forderung an die Stelle der ursprünglichen getreten ist.

Der Umstand, daß nach § 892 die Forderung in Ansehung der Hypothek als fortbestehend gilt, vermag die Hypothek nicht als Hypothek zu erhalten, denn eine Fiktion ist doch eben der Gegensatz von wirklichem Sein. Die Fiktion des Gesetzgebers ermöglicht nur den gutgläubigen Erwerb einer Grundstücksbelastung, hat aber nicht die Kraft, den akzessorischen Charakter als Hypothek auf alle Fälle zu bewahren. Damit ist nun der gutgläubige Erwerber imstande, die Grundstücksbelastung vom Nichtberechtigten zu erwerben. — Das Reichsgericht hütet sich übrigens in seinen neueren Entscheidungen, sich zu der einen oder anderen Auffassung klar zu bekennen. Nach der Entscheidung RGE. Bd. 137, S. 95, in der ein unserem Fall 2 entsprechender Sachverhalt entschieden wurde, könnte man eher annehmen, daß es eine Grundschuld übergehen lassen will; es heißt dort: „... dann unterliegt aber der wirksame Erwerb des Beklagten a n der Hypothek keinem Rechtsbedenken mehr." Es spricht also nicht etwa von einem Erwerb d e r Hypothek, sondern von einem Erwerb a n der Hypothek.

3. F a l l: Die Forderung, für die eine Hypothek bestellt wurde, ist zwar voll wirksam, sie steht aber einem anderen als dem im Grundbuch eingetragenen zu. Folgende Beispiele: Die im Grundbuch eingetragene Forderungsabtretung ist nichtig; der nicht persönlich haftende Eigentümer hat den Gläubiger befriedigt und damit Forderung und Hypothek erworben, diese Rechtsänderung ist aber im Grundbuch im Augenblick des gutgläubigen Erwerbs noch nicht vermerkt; auf Grund eines ungültigen Testaments ist der vermeintliche Erbe des Hypothekars als Hypothekar ins Grundbuch eingetragen worden, Gläubiger der Forderung wie der Hypothek ist aber der wahre Erbe.

Hier wird darum gestritten, ob auf den gutgläubigen Er-

---

[67]) Staudinger-Kober zu § 1138, III, 1, B.

[68]) Wolff, § 137, II, 2; Schreiber, S. 320; Böhmer S. 206.

[69]) So die Minderheit: Wolff § 137, II, 3, Anm. 8; Soergel zu § 1139, Nr. 3; Lange S. 17 ff.

werber, wie ich meine, auch die Forderung mit übergeht[69]) oder aber, ob Forderung und Hypothek sich trennen und die Forderung beim alten Gläubiger bleibt[70]).

Um auch diesen 3. Fall einer begründeten Lösung zuzuführen, muß zunächst das Verhältnis der §§ 892 und 1138 zu einander ins rechte Licht gerückt werden. —

§ 892 beschränkt das Publizitätsprinzip zwar auf dingliche Rechte und § 1138 besagt, daß die Forderung nur „für die Hypothek" geschützt wird. Hieraus ergibt sich aber nicht, daß der öffentliche Glaube des Grundbuches sich nicht in irgendeiner Weise auch auf die Forderung erstreckt, denn eine gültige Forderung ist mit Tatbestandselement der Hypothek[71]). Auch er gibt eine richtige Auslegung des § 892, daß das Publizitätsprinzip für alle eintragungsfähigen Rechte am Grundstück Geltung beansprucht[72]). Das BGB. hat außerdem durch die Bestimmungen der §§ 405, 2366 ebenfalls Ausnahmen von dem Grundsatz zugelassen, daß der gutgläubige Erwerb einer Forderung nicht möglich ist. So kommt man mit Wolff[73]) zu dem Ergebnis, daß die Erstreckung des öffentlichen Glaubens auf die Forderung schon aus dem § 892 hervorgeht und die Bedeutung des § 1138 nur noch darin besteht, daß seine Anwendbarkeit für die Sicherungshypothek durch § 1185, Abs. 2 ausgeschlossen wird.

Diese Erkenntis soll nun auf den 3. Fall, also die Verfügung eines Nichtberechtigten über die Hypothek angewendet werden. Da nach unserer Auslegung des § 892 eine Zerreißung von Forderung und dinglichem Recht verhindert ist, steht einer Anwendung des § 1153, Abs. 2, daß nämlich die Hypothek nicht ohne die Forderung übertragen werden kann, nichts mehr im Wege. Es gehen gleichzeitig Forderung und Hypothek auf den neuen Gläubiger über. Nur so ist es möglich, daß der Erwerber die Hypothek als Hypothek erwirbt. — Die vorgeschlagene Lösung erscheint auch gerecht; es wird verhindert, daß der Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist, evtl. 2 mal zu leisten hat. Der ursprüngliche Gläubiger aber soll sich gegen den drohenden Forderungsverlust durch sofortige Grundbuchberichtigung schützen. Lange lehnt mit Recht die Auffassung ab, als ob zunächst nur das dingliche Recht überginge und dann als Folge einer cessio legis auch die Forderung[74]). — Die Anwendung des § 1153, Abs. 2 ist dabei eine unmittelbare, wenn man im Erwerb vom Nichtberechtigten einen abgeleiteten Erwerb sieht, sie ist eine sinngemäße, wenn man den gutgläubigen Erwerb für einen ursprünglichen Erwerb hält.

---

[70]) Kober-Staudinger § 1138, I, 2a; Heck § 96, 7b, 2, S. 401, § 82, 6, S. 348.

[71]) Wolff, § 137, II, 1b.

[72]) Lange, S. 38.

[73]) Wolff, § 137, II, 1b.

[74]) Lange, S. 32.

2.) Auch § 1156 ist keine echte Ausnahme vom Akzessorietätsgedanken; dieser besagt, daß eine Zahlung des Eigentümers an den bisherigen Gläubiger in Unkenntnis der Forderungsabtretung die persönliche Forderung zwar untergehen läßt, der neue Gläubiger vom Eigentümer aber nicht nochmals Zahlung verlangen kann. In Ansehung der Hypothek gilt die Forderung als fortbestehend. Es tritt dabei dasselbe Fiktionsproblem auf wie bei den §§ 892, 1138. Die Fiktion hat auch hier nicht die Kraft, die Hypothek als Hypothek zu erhalten; durch sie wird allein erreicht, daß dem Gläubiger ein Grundpfandrecht zusteht. Dieses kann nach dem bisher Ausgeführten nur eine Grundschuld sein. In Ueberschätzung der Wirkung der Fiktion nehmen andere Schriftsteller auch hier, wie im Fall des § 892, eine „forderungsentkleidete Hypothek" an[75]).

3.) Keine Ausnahmeerscheinung ist auch die Forderungsauswechslung im Sinne des § 1180. Schon die Protokolle[76]) weisen darauf hin, daß durch die Möglichkeit der Forderungsauswechslung nur der Umweg über die Eigenpost erspart werden soll. Es müßte nämlich sonst der Gläubiger auf die Hypothek verzichten, und der Eigentümer die für ihn dadurch gem. §§ 1168, 1177 entstehende Eigentümergrundschuld gemäß § 1198 in eine Hypothek für eine andere Forderung umwandeln. Willms[77]) sieht nun in der Forderungsauswechslung deshalb eine Durchbrechung der Anlehnungsgrundsätze, weil die Hypothek von einer Forderung zur anderen wandere, die Forderungen sich aber nicht verändern, vielmehr bleiben, was sie waren und wo sie waren. Der Grundsatz des § 1153 sei deshalb auf legalem Wege durchbrochen. — Hier ist aber schon der Ansatzpunkt falsch. § 1180 ist kein Fall des § 1153. Es wird hier keine Forderung von einem Gläubiger auf den andern übertragen. Wenn man die oben angeführten Bestimmungen prüft, die für die Vorgänge bei der Forderungsauswechslung in Betracht kommen, findet man nicht den § 1153. Bei der Forderungsauswechslung „gewinnt die Hypothek die Gestaltung als Hypothek für die Forderung des anderen Gläubigers neu"[78]). Deshalb müssen auch die Vorschriften des § 1163, Abs. 1, Satz 1 und Absatz 2, sowie des § 1117 zur Anwendung kommen. Es entnimmt also die Hypothek ihren vorübergehenden Selbständigkeitszustand der in ihr enthaltenen Eigentümergrundschuld. Im Zeitpunkt der Forderungsauswechslung ist die Hypothek einen Augenblick als Eigentümergrundschuld zu denken, die dann durch die hinzutretende neue Forderung zu einer neuen Hypothek wird. Wenn nun mit der neu unterlegten Forderung auch eine neu gestaltete Hypothek entsteht, so kann in dem § 1180, der einen den Grundbuchverkehr erschwerenden, verwickelten Vorgang in einen einheitlichen zusammenfaßt, keine Ausnahme von den Anlehnungsgrundsätzen erblickt werden.

---

[75]) Biermann, zu § 1156, 2.
[76]) Mugdan, S. 726.
[77]) Willms, S. 13.
[78]) RGR.-Komm. zu § 1180, 1.

Gleiches gilt auch für die gesetzlichen Tatbestände der Forderungsauswechslung, nämlich in den Fällen der §§ 1164, 1173, Abs. 2, 1174 und 1182 und aus dem Handelsrecht die §§ 356, 357 HGB.

Der besonders wichtige Fall des § 1164 soll als Beispiel für alle angeführten, gleichgelagerten Vorgänge der gesetzlichen Forderungsauswechslung herausgegriffen werden. Diese Bestimmung besagt vor allem, daß eine Hypothek in dem Fall, wenn der persönliche Schuldner den Gläubiger befriedigt, insoweit auf jenen übergeht, als er von dem Eigentümer oder einem Rechtsvorgänger des Eigentümers Ersatz verlangen kann. Der Musterfall des § 1164 ist der, daß der jetzige Eigentümer (E.) das Grundstück von dem Hypothekenschuldner (S.) gekauft und die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen, der Hypothekengläubiger (G.) aber die Schuldübernahme nicht genehmigt hat. Bezahlt dann S. die Hypothekenschuld an G., so erwirbt er kraft der im Kaufvertrag enthaltenen Erfüllungsübernahme einen Ersatzanspruch gegen E., und zur Sicherung dieses Ersatzanspruches geht die Hypothek auf S. über und zwar als Fremdhypothek für die Ersatzforderung[79]). Bei der Beurteilung der rechtlichen Natur der Hypothek, die auf den Hypothekenschuldner übergeht, ist gegenüber dem Fall der vertraglichen hypothekarischen Sukzession noch ein neuer Gesichtspunkt hereingetragen worden. Manche[80]) nehmen in diesem Falle an, daß die Hypothek sich bei ihrem Uebergang unter Erlöschen der persönlichen Forderung in eine Grundschuld verwandle, die als solche nunmehr dem persönlichen Schuldner gegen den Eigentümer zustehe. — Diese Auffassung widerspricht aber dem klaren Wortlaut des § 1164, der von einem Ersatz spricht, den der persönliche Schuldner vom Eigentümer verlangen kann; diese Ersatzforderung ist aber in § 1164 der Hypothek gegenübergestellt. Es fehlt außerdem für diesen Fall an einer Vorschrift, wie sie in § 1177 beim Zusammentreffen der Hypothek mit dem Eigentum in einer Person getroffen wurde.

§ 10. Der Untergang der Hypothek bei Erlöschen der Forderung

I. Bevor auf die einzelnen Fälle des Erlöschens der Forderung eingegangen wird, sollen vorher noch kurz die Rechtsfolgen der K ü n d i g u n g der Forderung geprüft werden.

Durch eine Kündigung des persönlichen Schuldners gegenüber dem Gläubiger oder umgekehrt wird die persönliche Schuld fällig. Nach den Anlehnungsgrundsätzen müßte diese Kündigung auch gegenüber dem Eigentümer wirken. Mit Recht hat aber das Gesetz diese Folgerung bei der Verkehrshypothek nicht gezogen, denn der Gläubiger könnte dann sofort die Zwangsvollstreckung

[79]) RGE., Bd. 81, S. 78; Wolff, § 144, I, 3 c, Anm. 16.
[80]) Biermann, zu § 1164 2 a; Schreiber, S. 327 ff.

in das Grundstück des Eigentümers betreiben, ohne daß sich der Eigentümer dagegen wehren könnte. Das BGB. hat sich für eine „halbakzessorische" Regelung entschieden: § 1141. Es bestimmt zwar, daß allein die Kündigung gegenüber dem Eigentümer für die Verfolgung des dinglichen Rechtes erheblich ist; die Kündigung gegenüber dem persönlichen Schuldner macht aber die Forderung fällig und schon von diesem Fälligkeitszeitpunkt der Forderung ab hat der Eigentümer das ius offerendi des § 1142, Abs. 1, zweiter Fall. —

II. Ist die Forderung durch Erfüllung oder Konfusion untergegangen, dann entfällt auch die Hypothek als solche, sie verwandelt sich in eine Eigentümergrundschuld. Diese Verwandlung, die gesetzliche Folge von Tilgung und Konfusion kann nicht durch Vertrag mit dinglicher Wirkung ausgeschlossen werden[81]).

Die Natur dieser Verwandlung spielt für die Akzessorietätsfrage keine Rolle. Tatsache ist, daß die Hypothek als Hypothek aus der Welt der rechtlichen Erscheinung verschwindet, womit einem wohlverstandenen Anlehnungsprinzip Genüge getan ist, Man darf eben die Einwirkungen des Rechtes auf das Rechtsleben, die Macht des Gesetzgebers, die rechtlichen Vorgänge in bestimmte, von ihm als richtig erkannte Bahnen zu lenken, nicht unterschätzen.

Heck[82]) sagt zu dieser Verwandlung, „die Erhebung der Tat- Tatbestandselemente als Begriffsverwandlungen aufzufassen". Er denheit mußte folgerichtig dazu führen. Aenderungen der konkreten Tatbestandselemente als Begriffsverwandlungen aufzufassen". Er fährt dann an anderer Stelle, gewissermaßen zur Erläuterung dieses allgemeinen Satzes, fort[83]): „Es handelt sich um gar keine sachliche Aenderung, wie sie etwa bei der alchimistischen Verwandlung von Blei in Gold beabsichtigt war. Das konkrete Gebotsgebilde ändert sich gar nicht.... die Umwandlung hat keine Rechtswirkung, es handelt sich nur um eine Namensänderung."

Da diese Auffassung von Heck eng zusammenhängt mit seiner Anschauung vom Wesen der Hypothek überhaupt, soll an dieser Stelle eine eingehende Darstellung und Kritik seiner Ansicht über die Hypothek gegeben werden.

III. Der tragende Grund für die Heck'sche Betrachtungsweise ist seine Ansicht vom Wesen des Pfandrechts. Während die herrschende Meinung im Pfandrecht ein dingliches Recht sieht — vergl. oben § 2 — vertritt Heck die Theorie der „Doppelnatur". Auch die Bestimmung des Pfandrechts als Obligation sei berechtigt, und zwar handle es sich dabei nicht um eine Terminologie aus Gründen der Bequemlichkeit, sondern um die zutreffende Kennzeichnung der juristischen Eigenart.

---

[81]) RG., Bd. 142, S. 156.
[82]) S. 332.
[83]) S. 353.

Er sieht in dem Anlehnungsprinzip ein Erzeugnis der Begriffsjurisprudenz. Das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hypothek und Forderung, in dem Sinne, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek das Nebenrecht sei, bestünde nicht. Es sei vielmehr so, daß die Hypothek da ist „zur Sicherung derselben Leistung, welche durch die persönliche Forderung gesichert wird“[84]).

Die sachlich zutreffende Analogie zum Pfandproblem biete die passive Gesamtschuld, das Anlehnungsdogma ergebe aber die Versuchung, das Recht der Bürgschaft anzuwenden, das dann auch von den Verfassern des BGB. zugrunde gelegt worden sei. Da auch die Bürgschaftsobligation als akzessorisches Recht bezeichnet zu werden pflegt, so habe der gleiche Klang der Bezeichnung, die in beiden Anwendungen einen verschiedenen Sinn habe, zu der gleichen Behandlung des Realschuldners und des Bürgen Anlaß gegeben[85]) ... Das bloße Nebeneinanderbestehen von Real- und Personalobligation gebe noch keinen Anhalt dafür, daß einer der beiden Teile die Last endgültig zu tragen habe. Deshalb dürfte an dem formalen Tatbestand allein nur eine neutrale, gleiche Behandlungsweise angeschlossen werden, wie dies beim obligatorischen Gesamtschuldverhältnis auch geschehen sei.

Die Folgerungen aus dem Anlehnungsdogma seien so lebenswidrig, daß sie niemals voll gezogen worden sind. So würden durch Sondervorschriften in den vier typischen Versagungsfällen: Verjährung (§ 223, Abs. 1), Konkurs (KO., §§ 47, 48), Zwangsvergleich (KO., § 193, Satz 2) und Nachlaßerschöpfung (§§ 1137, Abs. 1, Satz 2, 1971) bestimmt, daß trotz des Unterganges oder der Hemmung der Forderung das Pfandrecht aufrechterhalten bleibt. Mit der Kausalität des Anlehnungsdogma sei dies nicht vereinbar. Dem wirklichen Leben sei das von einer persönlichen Forderung abhängige Pfandrecht fremd. Diese Regelung im BGB. beruhe nicht auf einer abweichenden Bewertung der Interessenkonflikte, sondern überhaupt nicht auf einer Interessenbewertung.

Heck erwähnt dann u. a. zwei Fälle, bei deren Lösung er sich gegen die herrschende Meinung von der Richtigkeit und Wirksamkeit der Anlehnungsgrundsätze entscheidet[86]). Im ersten, von ihm Simulationsfall genannt, wollten die Parteien eine Realobligation ohne persönliche Schuld begründen. Sie wählen die Hypothek aus Unkenntnis oder weil diese Form in ihrer Gegend gebräuch-

---

[84]) Heck, S. 327. Außer Bähr (vergl. oben § 7) hat diese Auffassung auch schon Schott vertreten (Jh. J., Bd. 15, S. 1 ff.). Er führt aus, daß das Pfandrecht nur die Erfüllung der Obligation sichere. Die akzessorische Natur des Pfandrechts bestünde darin, daß dasselbe denselben Zweck verfolge, wie die Obligation, also ein zweites Mittel für die Erreichung des obligatorischen Zweckes sei.

[85]) Heck, § 93, 3. S. 386.

[86]) Heck, S. 356.

licher ist. Da das Grundbuchamt eine Hypothek ohne Angabe der Forderung nicht einträgt, simulieren sie eine Forderung und die Hypothek wird eingetragen. Nach herrschender Meinung entsteht gemäß § 1163, Abs. 1, Satz 1 eine Eigentümergrundschuld. Heck will eine isolierte Realforderung entstehen lassen, die man als forderungsfreie Hypothek oder latente Grundschuld bezeichnen könne. — Im zweiten Fall, von Heck unter Verzichtsproblem behandelt, verzichtet ein Gläubiger auf seine Forderung gegenüber dem Eigentümer, der zugleich persönlicher Schuldner ist und begnügt sich mit der Hypothek. Diese Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld erfordert aber Eintragung, obwohl diese nach Heck für Dritte kein Interesse hat. Er läßt hier den gewünschten Erfolg ohne Eintragung eintreten. Die Forderung würde erlöschen, das Grundpfandrecht aber bestehen bleiben, mag man sie als forderungsfreie Hypothek oder als latente Grundschuld bezeichnen.

Eine klare Abweichung vom Anlehnungsdogma sieht Heck[87]) auch in dem Schutz des gutgläubigen Erwerbs bei der Verkehrshypothek. Diese Feststellung werde auch nicht durch die terminologische Möglichkeit widerlegt, das dem Erwerber zustehende, dingliche Recht in solchen Fällen als Grundschuld zu bezeichnen, somit von einer Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld zu reden..... Wenn der Erwerber die persönliche Obligation nicht erwirbt, so könne er auch keinen dinglichen Schutz erwerben. — Auch der Uebergang der Hypothek auf den zahlenden und regreßberechtigten Schuldner widerspreche dem Anlehnungsdogma, denn wenn die persönliche Forderung getilgt wird, so führe die Konsequenz aus der Abhängigkeit der Hypothek zu ihrem Erlöschen oder zum Eigentümerpfand.

Schließlich führt Heck noch die Entscheidung des Reichsgerichts, Bd. 128, S. 143 an, in der die bindende Kraft des Dogmas wegen eines entgegenstehenden Parteiwillens verneint worden sei.

IV. Die Heck'sche Auffassung über die Doppelnatur der Hypothek muß entschieden abgelehnt werden. Die Hypothek ist, von der Gläubigerseite aus gesehen, ein Verwertungsrecht, von der Schuldnerseite aus gesehen, eine Last des Eigentümers. Das ergibt sich für das geltende Recht aus § 1142, wo es heißt, daß der Eigentümer berechtigt (aber nicht verpflichtet!) ist, den Gläubiger zu befriedigen, wenn die Forderung ihm gegenüber fällig geworden, oder wenn der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist. Wenn man das System des BGB. mit seiner Einteilung in das Sachenrecht und das Schuldrecht, die doch in der Natur der Sache liegt, auflösen will, dann vermag man vielleicht in dem Recht der Hypothek auch einen schuldrechtlichen Anteil zu erblicken. Das BGB. kennt Forderungsrechte und forderungsrechtliche

[87]) § 82, 3, S. 345.

Grundsätze, es kennt Sachenrechte und sachenrechtliche Grundsätze. Aus der Notwendigkeit, daß auf ein Sachenrecht forderungsrechtliche Grundsätze angewandt werden müssen, ist noch nicht zu entnehmen, daß es sich deshalb teilweise in ein Forderungsrecht verwandelt.

Ebensowenig aber, wie es nach geltendem Recht und der natürlichen Betrachtungsweise der Dinge möglich ist, der Hypothek ein Janushaupt zu geben, mit einem dinglichen und schuldrechtlichen Gesicht, ebensowenig ist es gestattet, das Forderungsrecht in Schuld und Haftung zu zerreißen, und nun dieser schuldrechtlichen Haftung als zweite Sicherung die hypothekenrechtliche als gleichwertige Haftung zur Seite zu stellen. Das BGB. ist in klarer Weise auf grundsätzliche Identität von Schuld und Haftung, auf das regelmäßige Zusammenfallen von Leistensollen und Leistenmüssen aufgebaut. Die Hypothek tritt demnach nicht bloß zur Haftung des Forderungsrechtes, sie ist vielmehr in Beziehung zu setzen zur Forderung als Ganzem, vor allem auch deshalb, weil die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek das Nebenrecht ist. Wird dies klar erkannt, so erweisen sich die von Heck gegen die Gültigkeit des Anlehnungsdogmas erwähnten vier typischen Versagungsfälle: Verjährung, Konkurs, Zwangsvergleich und Nachlaßerschöpfung als wenig beweiskräftig. Im Falle der Verjährung ist zwar das Leistenmüssen weggefallen, die Hypothek vermag sich aber immer noch an die natürliche Verbindlichkeit anzulehnen, da sie zu der Forderung als Ganzem in Beziehung tritt. Die andern drei Beispiele sind Grenzfälle, die in ihrer Ausnahmenatur höchstens die Regel bestätigen können. Bei diesen drei „Ausnahmen" fällt zwar die juristische Forderung weg, es bleibt aber eine moralische Forderung zurück. Ich will mich nun nicht dem Vorwurf aussetzen, als ob ich eine moralische Forderung für die Abhängigkeit der Hypothek genügen lassen wollte, obwohl das gerade vom Standpunkt des Laien aus, dessen Urteil Heck für seine Auffassung auch heranzieht, verständlich wäre. Ich will vielmehr nur darauf hinweisen, wie wenig solche Grenzfälle, deren Häufigkeit im Vergleich zu den gewöhnlichen Fällen des Erlöschens der Hypothek gering ist, gegen die Regel eines allgemeinen Prinzips verwertbar sind.

Wieacker[88]) betrachtet die Hypothekenhaftung nicht als Hilfshaftung, sondern als wirtschaftlich gleichwertige oder vorwiegende Haupthaftung. Er glaubt, sich dabei in Uebereinstimmung mit Heck zu befinden[89]). Heck faßt aber die Hypothek nicht nur als Haupthaftung auf, er will sie überhaupt mit der Grundschuld rechtlich wie wirtschaftlich verschmelzen. Solange man aber — wie auch Wieacker — die Hypothek noch vorwiegend als Haftung begreift, ist es rechtlich gesehen, ungenau, von Begründung, Abtretung und

[88]) a. a. O., S. 189.
[89]) a. a. O., S. 190.

Erlöschen der Hypothek (anstatt von der hypothekarisch gesicherten Forderung) zu sprechen.

Wenn also schon von vornherein das dingliche Recht der Hypothek nicht der mit der Schuld organisch verbundenen Haftung allein an die Seite gestellt werden kann, so ist es auch abwegig, auf das Verhältnis zwischen Forderung und Hypothek die Vorschriften über die passive Gesamtschuld anwenden zu wollen[90]). — Bei der passiven Gesamtschuld stehen zwei gleichartige, aus den Forderungsrechten fließende Haftungen nebeneinander. Im Fall von Hypothek und Forderung aber steht neben dem Pfandrecht als dem aktivistischen Verwertungsrecht, also dem Recht, sich einen Vermögenswert aus fremder Sache durch eigene Handlung zu verschaffen, das latente Forderungsrecht als das Recht, den Vermögenswert durch fremde Handlung zu empfangen. Während also beim Tatbestand der passiven Gesamtschuld regelmäßig nur „Schuldner" handelnd auftreten, werden beim Tatbestand der Hypothek Gläubiger und Schuldner tätig.

Lehrreich ist der Fall der Gesamthypothek. Diese ist nach dem BGB. grundsätzlich „regreßlos"; dies entspricht der gewöhnlichen Sachlage. Das Recht der passiven Gesamtschuld aber hat in § 426 den Fall genau entgegengesetzt gelöst; hier besteht unter den einzelnen Schuldnern ein gesetzlicher Ausgleichsanspruch.

Für den Fall des § 1137, der doch ein ausgesprochen pfandrechtlicher Tatbestand ist, läßt sich die richtige Regelung ohne weiteres aus dem Bürgschaftsrecht entnehmen. Es ist nicht ersichtlich, welche Grundsätze aus dem Recht über die passive Gesamtschuld hier Anwendung finden könnten.

Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich, daß im BGB. nicht ohne jegliche Interessenabwägung das Anlehnungsprinzip verwirklicht wurde. Wenn nur die Forderung abgetreten werden kann, nicht aber die Hypothek als solche, so dient diese Regelung in hohem Maße der Rechtssicherheit, weil hierdurch die Gefahr einer Rechtsverdoppelung vermieden wird. Die „Unterstellung der persönlichen Forderung unter das sachenrechtliche Zirkulationsrecht"[91]) ist ein geringeres Uebel, als die Folgen, die sich daraus ergeben könnten, wenn Forderung und Hypothek getrennte Wege gehen würden. Das „Mitlaufgebot" ist keine bloße Konstruktion, sondern ein klar und eindeutig ausgesprochener, gesetzgeberischer Wille, an den der Richter gebunden ist; Umgehungsgeschäfte sind nichtig.

Heck wirft den Verfassern des BGB. sicher zu Unrecht vor, daß allein der gleiche Klang in den Bezeichnungen: akzessorische Bürgschaft und akzessorische Hypothek sie veranlaßt habe, das Recht der Hypothek dem der Bürgschaft zu unterstellen. Er geht eben von

[90]) Heck, S. 330 u. S. 385 ff.
[91]) Heck, S. 396.

einem anderen Pfandbegriff aus, als dem, der immer und nahezu überall in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft gegolten hat. Rechtsüberlieferung, Rechtslogik und praktische Erwägungen zwingen zu dem Schluß, daß die Hypothek wie die Bürgschaft sicherndes und daher abhängiges Nebenrecht ist. Sie stehen nicht von vornherein gleichberechtigt nebeneinander. Wenn auch wirtschaftlich die Hypothek in vielen Fällen wichtiger ist als die Forderung, so muß deshalb noch nicht das zwischen ihnen bestehende rechtliche Stärkeverhältnis geändert werden. Die Ueberbetonung der Hypothek als eines selbständigen Rechtes, als Ware, ist außerdem ein rechtspolitisch unerwünschter Mißbrauch, und wenn aus Brauch Mißbrauch wird, darf das Recht dem nicht folgen.

Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Heck den pfandrechtlichen Tatbestand der Hypothek ändern will, nachdem der Tatbestand, wie er ihn wünscht, bei der Grundschuld gegeben ist. Sowohl dem deutschen Rechtsdenken an sich, als auch den Bedürfnissen des deutschen Wirtschaftslebens entspricht die Vielfältigkeit der Formen. Heck selber gibt zu[92]), daß die Mannigfaltigkeit der Formen sich in der Praxis nicht als störend erwiesen habe. Wenn aber der gegenüber der Grundschuld andersartige Tatbestand der Hypothek[93]) einem unabweisbaren rechtlichen und wirtschaftlichen Bedürfnis entspricht, weshalb soll dann die Hypothek als Rechtseinrichtung aus dem deutschen Recht verbannt werden? Ein solches Bestreben ist, vom rechtssystematischen Standpunkt aus gesehen, nicht nur irrig, es erweist sich auch als wirtschaftlich verhängnisvoll. Dies zeigt in überzeugender Weise die Auffassung eines württembergischen Kreditinstitutes über die Grundschuld. Die Württ. Landeskreditanstalt läßt sich bei der Gewährung von Darlehen ihren Hypotheken (nur diese werden von ihr als Sicherungsmittel zugelassen) grundsätzlich keine Grundschulden mehr im Rang vorgehen. Als Hauptgrund hiefür wird angegeben, daß der Gläubiger der Grundschuld diese in der Zwangsversteigerung grundsätzlich in voller Höhe zur Geltung bringen, unabhängig davon, wieviel von ihrer persönlichen Forderung in der Vergangenheit getilgt worden ist. Der nachstehende Hypothekengläubiger ist dann darauf angewiesen, etwaige persönliche Ansprüche des Schuldners auf Rückabtretung der Grundschuld zu pfänden. Wenn aber andere Gläubiger diese Ansprüche, die wegen der Eigenart der Briefgrundschuld dem Hypothekengläubiger aus dem Grundbuch gewöhnlich nicht ersichtlich sein können, schon weggepfändet haben, dann geht dieser leer aus. Dieses Beispiel zeigt, daß die angelehnte Hypothek

---

[92]) S. 341.

[93]) Die Hypothek ist nur eine mögliche Bedrohung des Eigentümerrechtes des Grundstückeigentümers, in der Grundschuld dagegen verkörpert sich das Grundstück. Die Hypothek bedroht nur, die Grundschuld ergreift das Grundstück.

nicht entbehrt werden kann. Die Hypothek kann allenfalls die Grundschuld ersetzen, nie aber die Grundschuld die Hypothek. Es ist zugegeben, daß bei der Hypothek bisweilen das Recht das Leben etwas überwuchert, bei der Grundschuld aber wird wegen ihrer wirtschaftlichen Folgen in vielen Fällen das Recht hintangesetzt.

Zur Erläuterung und Stützung seiner Auffassung führt nun Heck u. a. die oben erwähnten zwei Fälle, sowie die zitierte Reichsgerichtsentscheidung an.

Im Simulationsfall will Heck trotz der Gesetzesumgehung der Parteien eine forderungsentkleidete Hypothek entstehen lassen. Dazu ist zu sagen, wenn das Gesetz den Parteien die Form der Hypothek und die der Grundschuld zur Verfügung stellt und es in eindeutiger Weise bestimmt, daß bei der Hypothek die Forderung eingetragen werden muß, andernfalls Nichtigkeit der Hypothek eintritt, so hat das Gesetz damit eine Wertung ausgesprochen, an die der Richter gebunden ist. Eine Gesetzesumgehung mit Hilfe des § 140 kann im vorliegenden Fall umsoweniger zugelassen werden, als im Sachenrecht aus guten Gründen strenger Typenzwang herrscht. Das deutsch-rechtliche Eintragungsprinzip würde auch eine bedenkliche Durchlöcherung erfahren, wenn die Parteien reihenweise simulierte Forderungen im Grundbuch verbuchen lassen könnten. Im österreichischen Recht z. B. ist eine auf Grund eines vorgetäuschten Schuldtitels eingetragene Hypothek ebenfalls ungültig[94]).

Aehnlich liegt der Verzichtsfall. Wegen der zwingenden Bestimmung des § 1153 entzieht es sich nach wohl herrschender Auffassung der Parteivereinbarung, daß trotz Verzichts auf die Forderung die Hypothek als forderungsentkleidete Hypothek bestehen bleibt. Unrichtig ist es, wenn Heck sagt, daß die Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld für den Dritten kein Interesse habe. Wenn jemand zu Zeiten, in denen die Grundstückspreise in starkem Schwanken begriffen sind, eine Hypothek erwirbt, so hat er ein erhebliches Interesse darin, neben der unsicheren Realsicherheit auch noch eine persönliche Forderung zu erwerben. Wenn nun im Grundbuch eine Hypothek eingetragen ist, er aber in Wirklichkeit eine Grundschuld erwirbt, weil keine Forderung mehr besteht, so ist der Erwerber bei teilweisem Ausfall der Grundschuld erheblich geschädigt. Der Gesetzgeber hat also mit gutem Grund das Erfordernis der förmlichen Umwandlung der Hypothek bezw. der Eigentümergrundschuld in eine Fremdgrundschuld verlangt[95]).

Heck hält die Verwandlung einer forderungsbekleideten Fremdhypothek in eine Eigentümergrundschuld für eine bloße

---

[94]) Mayr, S. 532, Anm. 3.

[95]) Vergl. weiter unten unter III. die Besprechung des Falles, wenn Eigentümer und persönlicher Schuldner beim Verzichtfall auseinanderfallen.

Namensänderung[96]). Es scheint mir allerdings ein gewisser Widerspruch darin zu liegen, wen er weiterhin ausführt, daß das Eigentümerpfand eigentlich überhaupt kein Recht sei, sondern einem dritten Geschlecht angehöre. Diese für das österreichische Recht zutreffende Bemerkung, ist für das BGB. zweifellos unrichtig: Die Eigentümergrundschuld ist eine echte Grundschuld, ein echtes Grundpfandrecht. Dies geht schon daraus hervor, daß die Eigentümergrundschuld zur Fremdgrundschuld wird, wenn der Eigentümer sein Grundstück veräußert. — Zugegebenermaßen handelt es sich bei der Verwandlung einer Hypothek in eine Eigentümergrundschuld nicht um eine solche Aenderung, wie bei der alchimistischen Verwandlung von Blei in Gold, aber „Rechtsbegriffe sind geisteswissenschaftliche Begriffe, vergeistigte naturwissenschaftliche Begriffe, weshalb jene in diesen anklingen, ohne mit diesen identisch zu sein[97]). Deshalb muß eine „Aenderung der konkreten Tatbestandselemente" (Wegfall der Forderung) auch zu einer Aenderung der rechtlichen Struktur und damit zur Aenderung des Rechtsbegriffes führen. Wenn der gesamte Vorgang in dieser Reihenfolge abläuft, paßt nicht der Ausdruck „Begriffsverwandlung". Der Unterschied zwischen Hypothek und Grundschuld ist eben tatbestandlich begründet — vergl. noch die rechtsvergleichenden Ausführungen in § 18 ff. — und deshalb auch systematisch festgelegt.

Daher bedeutet auch die Umwandlung einer Hypothek in eine Fremdgrundschuld beim gutgläubigen Erwerb einer Verkehrshypothek nach § 1138 keine Durchbrechung des Anlehnungsprinzips. Wenn man von einem starren Akzessorietätsdogma ausginge, dann wäre allerdings die „begriffliche Konsequenz" geopfert. Ich glaube aber, daß ein solch starres Anlehnungsdogma im deutschen Recht nie geherrscht hat. Die Geltung eines solch starren Dogmas wäre allerdings sehr dazu geeignet, um den Gegensatz zwischen Interessen- und Begriffsjurisprudenz im klarsten Lichte erscheinen zu lassen!

Gleiches wie für § 1138, gilt für den Uebergang der Hypothek auf den zahlenden und regreßberechtigen, persönlichen Schuldner nach § 1164. Würde im BGB. das Anlehnungsdogma unfehlbar herrschen, dann wäre es auch durch diesen Uebergang der Hypothek nach § 1164 verletzt. Durch die weite Fassung des § 1113 verstößt die Forderungsauswechslung aber in keinem Fall gegen die Anlehnungsgrundsätze. Der Tatbestand des § 1164 ist aber nichts anderes als ein gesetzlicher Fall der Forderungsauswechslung.

Nach Heck hat das Reichsgericht in seiner oben erwähnten Entscheidung in einem Fall die bindende Kraft des Anlehnungs-

[96]) Heck, S. 353.
[97]) Schönfeld. Die logische Struktur der Rechtsordnung. S. 73.

dogmas verneint, weil Parteiinteressen entgegengestanden hätten. Ich glaube aber, daß Heck diese Entscheidung keinesfalls für seine Lehre verwenden kann. Zunächst muß betont werden, was aus der Heck'schen Schilderung des Falles nicht hervorgeht, daß es sich um einen Grenzfall aus dem Aufwertungsrecht handelt. Es hat ein Hypothekengläubiger deshalb auf seine Hypothekenforderung, d. h. richtiger auf deren Geltendmachung verzichtet, weil er dann eine höhere Aufwertung der Hypothek zu erwarten hatte. Aus der Tatsache der rechnungsgemäßen getrennten Aufwertung von Hypothek und Forderung, auf Grund des § 4 Aufw.-Ges., der eine höhere Aufwertung der Hypothek als die der Forderung verbietet und in Anwendung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß trotz Erlöschens der Forderung die Hypothek noch aufgewertet werden konnte, falls für diese keine Löschungsbewilligung erteilt worden war, kam nämlich öfters ein merkwürdiges Ergebnis zustande. Es konnte geschehen, daß der Hypothekengläubiger für eine Hypothek, deren Forderung erloschen war, unter Umständen eine weit höhere Aufwertung bekam, als wenn die Forderung noch bestand, weil dann die Hypothek nicht höher aufgewertet werden konnte als die Forderung. In Ausnutzung dieses Umstandes hat nun der Hypothekengläubiger im vorliegenden Fall gegenüber dem persönlichen Schuldner auf die Geltendmachung seiner persönlichen Forderung verzichtet und hat mit ihm vereinbart, daß er nur den hypothekarischen Anspruch verfolgen werde. Das Berufungsgericht gab nach § 1137 dem Eigentümer die Einrede des persönlichen Schuldners. Der Eigentümer konnte daher gemäß § 1169 vom Gläubiger verlangen, daß dieser auf die Hypothek verzichtet. Das Reichsgericht hat nun die Frage, ob eine solche Haftungsbeschränkung möglich ist, nicht entschieden. Es stellt vielmehr fest, daß der persönliche Schuldner auf Grund der Abmachung keine Einrede habe, mit der er der Forderung schlechthin widersprechen könne, — also doch Anlehnungsprinzip! — sondern, daß er nur das Recht habe, die Hypothekengläubigerin einredeweise auf die Rechtsverfolgung gegen die Grundstückseigentümerin zu verweisen. Das Reichsgericht sieht also in Wirklichkeit in dem, was Heck als Verzicht auf die Forderung auffaßt, nur eine Beschränkung der prozessualen Durchsetzung des Anspruchs. Es läßt aber ausdrücklich die Möglichkeit offen, daß der Hypothekengläubiger trotz dieser Abmachung noch seine perlönliche Forderung später geltend machen kann. Das Reichsgericht hat demnach bei der Entscheidung dieses Falles nicht die dem Anlehnungsprinzip widersprechende Möglichkeit zugelassen, daß ein Gläubiger auf die Forderung verzichtet, und dann trotz Untergang der Forderung als einer Folge des Verzichts doch noch der hypothekarische Anspruch durchgesetzt werden könnte.

Mit diesem Fall ist nicht zu verwechseln der unbedingte Verzicht des Gläubigers auf die Forderung. Auch hier wird die Be-

achtung der Anlehnungsgrundsätze diesen in seinen Folgen bestrittenen Vorgang im rechten Lichte erscheinen lassen.

Streitig ist nämlich, ob hier § 1164 Anwendung finden soll, der Schuldner somit die Hypothek erwirbt[98]). Nach dieser Ansicht müßte eigentlich die dem Schuldner erlassene und damit erloschene Forderung in dessen Person gewissermaßen wieder aufleben und als Sicherung die bisherige Hypothek erhalten; das widerspricht aber schuldrechtlichen Grundsätzen. Kober[99]) sagt mit Recht, daß der Erlaß einer Forderung für die Regel einer Befriedigung des Gläubigers im Sinne des § 1164 nicht gleichstehen könne. Nach meiner Auffassung kann der persönliche Schuldner die Hypothek, die dem Gläubiger für seine Forderung gegenüber dem persönlichen Schuldner bestellt wurde, durch Verzicht des Gläubigers auf seine Forderung nie im Wege des § 1164 erwerben. Es entsteht immer eine Eigentümergrundschuld. Die ursprüngliche Forderung ist erloschen, und an deren Stelle tritt nicht kraft Gesetzes eine andere, dem persönlichen Schuldner gegen den Eigentümer zustehende Forderung, für die nun die Hypothek kraft gesetzlicher Forderungsauswechslung haften würde.

III. Nachdem die Wirkungen von Tilgung und Konfusion besprochen sind, müssen noch die Aufhebungsgründe der §§ 1168 (Verzicht auf die Hypothek) und 1183 (Aufhebung der Hypothek) Erwähnung finden. Beide sind auseinander zu halten. Bei dem Verzicht auf die Hypothek entsteht eine Eigentümergrundschuld, bei der Aufhebung dagegen geht das hypothekarische Recht unter. Die Forderung wird in beiden Fällen nicht berührt. Das ist wieder ein deutlicher Hinweis auf die Absicht des Gesetzes, die Forderung als das Hauptrecht, die Hypothek als das Nebenrecht behandelt zu wissen.

IV. Durch die zwangsweise Befriedigung des Gläubigers aus dem Grundstück erlischt nach § 1181 im Fall der Identität von Eigentümer und persönlichem Schuldner die Forderung samt der Hypothek. Erwähnenswert für unsere Fragestellung ist dabei, daß der persönliche Anspruch des Hypothekars nicht schon mit dem Zuschlag erlischt, sondern erst infolge Zahlung oder durch gleichgestellte Vorgänge[100]).

Streitig ist der Fall, wenn persönlicher Schuldner und Eigentümer auseinanderfallen. Mit Recht wendet die herrschende Meinung[101]) hier die Vorschrift des § 1143 an; die Forderung geht also in diesem Fall nicht unter, sondern auf den Eigentümer über. Eine Ausnahme von den Anlehnungsgrundsätzen ist hierin nicht zu erblicken, denn die Forderung als das Hauptrecht kann weiterbestehen, auch wenn die Hypothek erloschen ist.

---

[98]) So RGR.-Komm., zu § 1164, 1.
[99]) Staudinger-Kober, zu § 1164, II, 1.
[100]) OLG., Bd. 33, S. 109.
[101]) Staudinger-Kober, zu § 1181, III d, B.

2. Kapitel

§ 11. Das Verhältnis der Hypothek zur Forderung bei der Sicherungshypothek

I. Die Sicherungshypothek ist die ursprüngliche Gestaltungsform der Hypothek: vergl. z. B. das französische und russische Recht unten in §§ 20 und 21. So kannten sie schon die Römer, als bloßes Sicherungsmittel ohne Ausbildung als umlauffähiges, den Bodenwert mobilisierendes Wertpapier. Sie verkörpert am reinsten das Anlehnungsprinzip, wenn auch nach dem Recht des BGB. bei ihr Abwandlungen vom Prinzip vorgesehen sind.

Die Sicherungshypothek kann nach § 1186 in eine Verkehrshypothek umgewandelt werden[102]), so erklärt es sich, daß auf die Sicherungshypothek grundsätzlich die Bestimmungen über die Verkehrshypothek Anwendung finden, so vor allem auch die Vorschriften über die Entstehung der „Eigentümerhypothek" und über die gesetzliche Forderungsauswechslung. Bemerkenswert ist die Tatsache, daß das Reichsgericht in dem Fall, wenn versehentlich anstelle einer bewilligten Verkehrshypothek eine Sicherungshypothek eingetragen wird, die strenger abhängige Sicherungshypothek entstehen läßt[103]).

II. § 1185, Abs. 2 erwähnt diejenigen Bestimmungen der Verkehrshypothek, die wegen des ausgesprochen akzessorischen Charakters der Sicherungshypothek keine Anwendung finden können.

In erster Linie ist § 1138 zu nennen. Wie oben in § 9 erwähnt, hat diese Bestimmung nach m. A. nur die Bedeutung, daß seine Anwendbarkeit und damit die des § 892 für die Sicherungshypothek ausgeschlossen wird. — Durch den Ausschluß des § 1138 wird auch die Rechtsvermutung des § 891 für die Sicherungshypothek zerstört. Klagt also der Gläubiger aus der Hypothek, so muß er, falls die Forderung bestritten wird, beweisen, daß sie rechtsgültig entstanden ist. Es besteht hier also bezüglich der Beweislastverteilung kein Unterschied zwischen der dinglichen und persönlichen Klage. Weil der öffentliche Glaube des Grundbuches sich nicht auf die Forderung erstreckt, ist ein gutgläubiger Erwerb der Hypothek, die trotz eines Mangels im Forderungsrecht in Wirklichkeit als Eigentümergrundschuld besteht, nicht möglich. Anders ist es natürlich bei Mängeln, die die Hypothek selbst betreffen; hier kann sich der gutgläubige Erwerber auch bei der Sicherungshypothek auf den Bucheintrag verlassen: § 1157 findet Anwendung.

---

[102]) Abgesehen von den Fällen einer notwendigen Sicherungshypothek: BGB., §§ 1187—1189; 1190; 1287 und ZPO., §§ 848, 866, 867, 932.

[103]) RG. in HRR., 1929, Nr. 1213.

Durch den Ausschluß des § 1141 für die Sicherungshypothek vollzieht sich auch deren Kündigung nach rein akzessorischen Grundsätzen. Entscheidend ist die Kündigung zwischen Gläubiger und persönlichem Schuldner. — Daß das Forderungsrecht das Hauptrecht, die Hypothek das von der Forderung abhängige Nebenrecht ist, bringt das Gesetz durch den Ausschluß der Anwendung des § 1156 auf die Sicherungshypothek klar zum Ausdruck. Es finden nämlich die forderungsrechtlichen Vorschriften der §§ 406—408 auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Eigentümer und dem neuen Gläubiger auch hinsichtlich der Hypothek Anwendung. Zusammenfassend gesagt, bedeutet das etwa, daß der Grundstückseigentümer auf Rechtsgeschäfte, die der Schuldner erst nach der Abtretung, aber vor Erlangung der Kenntnis von der Abtretung, mit dem bisherigen Gläubiger vorgenommen hat, Einwendungen gegen den neuen Gläubiger stützen kann.

III. Die schon bei der Verkehrshypothek erkannten, nur scheinbare Ausnahmen vom Akzessorietätsprinzip, nämlich die Fälle der §§ 1146, 1180, 1164, 223, Abs. 2 und 1137, Abs. 1, Satz 2 treten auch bei der Sicherungshypothek in gleicher Weise auf. Als einzige echte Ausnahme ist § 1190, Abs. 4 zu werten, nämlich die gesonderte Abtretung der Forderung bei der Höchstbetragshypothek. Dieser Fall wird innerhalb der besonderen Darstellung der Höchstbetragshypothek unten in § 14 ausführlich behandelt.

3. Kapitel

Besonderheiten

§ 12. Einwirkung der Hypothek auf die Forderung

I. Grundsätzlich übt die Bestellung einer Hypothek auf die Forderung keine Wirkung aus. So hat z. B. die Eintragung der Forderung im Grundbuch auf deren Bestand keinen Einfluß; wenn die Hypothek durch Zuschlag erlischt, ohne daß der Gläubiger voll befriedigt wird, so behält er in Höhe seines Ausfalles die persönliche Forderung. Von dem Grundsatz, daß die Hypothek keinen Einfluß auf die Forderung ausübt, gibt es aber Ausnahmen. Die Gegner des Akzessorietätsprinzipes können diese Fälle der „falschen Akzessorietät" allerdings kaum für sich in Anspruch nehmen.

Man kann bei diesem oder jenem Fall feststellen, daß es nicht eigentlich ein Einfluß der Hypothek selbst ist, der hier auf die Forderung wirkt, sondern vielmehr ein Einfluß des Bestellungsgeschäftes, und insofern ist die „falsche Akzessorietät" mehr als eine Reflexwirkung der Forderung selbst zu betrachten. An eine solche Wirkung ist vor allem in dem Fall zu denken, daß die gesicherte Forderung nicht mehr in der Form des § 398 ff., sondern nur noch in der Form des § 1154 übertragen werden kann.

Einen weiteren Fall der „falschen Akzessorietät" regelt der § 1165. Hiernach wird der persönliche Schuldner gegenüber ver-

eitelnden Verfügungen des Hypothekengläubigers bezüglich des Uebergangs der dem Schuldner gemäß § 1164 zustehenden Hypothek dadurch geschützt, daß er insoweit frei wird, als er ohne jene Verfügungen des Hypothekengläubigers (z. B. Verzicht auf die Hypothek) aus der Hypothek hätte Ersatz verlangen können. Diese vereitelnden Verfügungen über die Hypothek bewirken also u. U. ein teilweises oder ganzes Erlöschen der Forderung.

Im Falle des § 416 zeigt das Gesetz deutlich die Absicht, den Uebergang der Forderung zu begünstigen, wenn der Erwerber eines Grundstückes die Hypothek in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt.

III. Paradox ist allerdings die Schlußfolgerung Hecks[104]), daß die Forderung durch den Hinzutritt eines Pfandrechts gefährdet werde, weil die Forderung untergehe, wenn der Gläubiger durch das Mittel des Pfandrechts Befriedigung erlangt habe. Nur wenn man von der Heck'schen Auffassung der Selbständigkeit des Pfandrechts ausgeht, kommt man zu einer solchen Schlußfolgerung. Nach dieser bestehen ja keinerlei inneren zwangsmäßige Beziehungen zwischen Pfandrecht und Forderung und der Untergang der Forderung bei Befriedigung aus dem Pfandgegenstand erscheint hier mehr zufälliger Art. Wenn man aber von der inneren Verbundenheit von Forderung und Pfandrecht ausgeht, dann ist der Untergang der Forderung durch Befriedigung aus dem Pfandrecht gleichzusetzen dem Untergang der Forderung durch Erfüllung derselben oder gleichgestellter Rechtsvorgänge. Das geht deutlich aus dem Wahlrecht des Gläubigers hervor, ob er aus der Forderung klagen will oder aus der Hypothek. Im Schuldrecht wird auch bei der Annahme erfüllungshalber durch die Annahme einer anderen als der geschuldeten Leistung zwar die Schuld noch nicht getilgt, wohl aber dadurch, daß der Gläubager aus der Verwertung des hingegebenen Gegenstandes einen entsprechenden Erlös erhält. Der Gläubiger kann ja schließlich nicht mehr fordern, als in Höhe seiner Forderung befriedigt zu sein.

§ 13. Die Hypothek in der Zwangsvollstreckung

I. Die Fälle des BGB. § 1181 und der KO. §§ 47, 48 und § 193 sind schon oben in § 10 behandelt worden. Als praktisch bedeutsam sind noch vor allem die Tatbestände der §§ 53, Abs. 2 und 91, Abs. 2 des Zwangsversteigerungsgesetzes zu besprechen. Die hier auftretenden Fragen lassen sich nur bei einer klaren Stellungnahme zu den Anlehnungsgrundsätzen befriedigend lösen. § 53 ZVG. sagt in Uebereinstimmung mit diesen, daß bei einer Hypothek, die im Zwangsversteigerungsverfahren im geringsten Gebot berücksichtigt wird, also bestehen bleibt, der Ersteher die Schuld in Höhe der Hypothek übernimmt, falls der Schuldner zugleich persön-

[104]) a. a. O., S. 328.

lich haftet. Wenn nun aber die Hypothek nicht in das geringste Gebot fällt, so kann trotzdem nach § 91, Abs. 2 ZVG. zwischen den Berechtigten und dem Ersteher vereinbart werden, daß die Hypothek bestehen bleibt.

Sicher ist, daß der Eigentümer, wenn er zugleich persönlicher Schuldner ist, durch diese Vereinbarung von seiner Schuld befreit wird, denn § 91, Abs. 2 ZVG. bestimmt, daß diese Vereinbarung wie die Befriedigung des Berechtigten aus dem Grundstücke wirke. Bestritten ist aber, ob durch diese Vereinbarung die persönliche Schuld damit überhaupt erlischt und die Hypothek zur Eigentümergrundschuld wird oder aber, ob die persönliche Schuld auf den Ersteher übergeht. Herrschende Ansicht[105]) ist, daß in der Vereinbarung, daß die Hypothek bestehen bleiben soll, eine stillschweigende Schuldübernahme nach § 414 durch den Ersteher zu erblicken ist. Dieser Auffassung werden alle diejenigen zuzustimmen haben, die einem wohlverstandenen Anlehnungsprinzip das Wort reden. Zu weit geht wohl die Ansicht von Th. Wolff[106]), der zufolge der Vereinbarung mit der dinglichen Haftung zugleich auch die persönliche Schuld kraft Gesetzes übergehen lassen will. Es ist aber zu bedenken, daß die Hypothek ihre Fortdauer überhaupt nur einer Vereinbarung verdankt und daß daher der Uebergang der persönlichen Schuld auch einer Vereinbarung vorbehalten sein muß. Das Walten des Anlehnungsprinzipes zeigt auch in diesem Fall, daß dessen Anerkennung zu gerechten Lösungen führt. Wollte man in diesem Falle nach einer ebenfalls vertretenen Auffassung[107]) die persönliche Schuld ganz untergehen lassen, sodaß also auf dem Grundstück des Erstehers nur eine Grundschuld lasten könnte, dann würde man den Berechtigten doch erheblich benachteiligen. So besonders in dem Fall, wenn seiner ihm jetzt zustehenden Grundschuld erhebliche Belastungen vorausgehen würden; die persönliche Haftung des Erstehers könnte dann zu Gunsten des Berechtigten eine wichtige Rolle spielen.

II. Die Wirkung der Pfändung einer Forderung, für die eine Hypothek besteht, ist von der Rechtsprechung[108] in bemerkenswert klarer Weise im Sinne der Anlehnungsgrundsätze entschieden worden. Ein Pfändungspfandrecht, das vor Eintragung der Hypothek an der ihr zugrunde liegenden Forderung begründet worden ist, kann nur eingetragen werden, wenn es mit der Eintragung der Hypothek auch diese ergreift. Das Kammergericht begründet seine Auffassung in diesem Fall ausdrücklich damit, daß die Hypothek keine selbständige Bedeutung habe, sondern nur ein Nebenrecht der Forderung sei, zu deren Verstärkung sie diene. Wenn also bei der Hypothek die Pfändung der ihr zugrundeliegenden Forderung ver-

---

[105]) RG. in „Recht" 1915, Nr. 965.
[106]) a. a. O., Bem. zu § 91, 3; ebenso das KG., Bd. 30, S. 222.
[107]) Fischer-Schäfer, Anm. 5 b, zu § 91.
[108]) KG. in JFG., Bd. 4, S. 413 (1926); RG., Bd. 81, S. 216.

merkt ist, so gelangt damit zugleich die Pfändung der Hypothek zur Buchung. „Das im Grundbuch bei der Hypothek verlautbarte Rechtsschicksal (Abtretung, Verpfändung, Pfändung usw.) der gesicherten Forderung kennzeichnet sich ohne weiteres als Rechtsschicksal der Hypothek." Wenn also zur Zeit der Pfändung der Forderung für diese bereits eine Hypothek bewilligt, aber noch nicht eingetragen ist, so erstreckt sich das Pfändungspfandrecht auch auf die nachträglich eingetragene Hypothek. Diese „Fernwirkung" des Anlehnungsprinzipes ist ein besonders anschauliches Beispiel für die von mir oben in § 2, V erwähnte, durch dieses Prinzip erreichte Gesetzesökonomie, welche in diesem Falle auch eine ökonomischere Rechtspflege zur Folge hat. Ohne diese „Fernwirkung" müßte neben der Pfändung der Forderung noch eine ausdrückliche Pfändung der zukünftigen Hypothek durchgeführt werden, oder es müßte der in dem Grundgeschäft begründete Anspruch auf Bestellung der Hypothek gemäß §§ 1273 ff. gepfändet werden.

§ 14. Die Höchstbetragshypothek; die „Einheitshypothek"

I. Die Höchstbetragshypothek ist für unsere Fragestellung besonders aufschlußreich, wurde doch für sie in § 1190, Abs. 4 die augenfälligste „Ausnahme" von den Anlehnungsgrundsätzen festgelegt. Ihre Behandlung soll aber außerdem noch unter einem besonderen Gesichtspunkt vorgenommen werden. Sie ist nämlich diejenige Hypothekenform, die am meisten den Erfordernissen der Kreditinstitute und des Kontokorrentverkehrs entspricht. Die Ursache, weshalb sie nun gegenüber der Grundschuld im Wirtschaftsleben in den letzten Jahren mehr und mehr zurückgedrängt wurde, sollen besonders aufgezeigt werden.

1.) Durch die Höchstbetragshypothek, die nicht für eine bestimmte Forderung, sondern für einen Forderungskreis haftet, wird das Grundstück sofort und unbedingt bis zur vollen Höhe belastet; sie ist nicht als bedingte Hypothek aufzufassen. Die Höchstbetragshypothek bildet, rechtssystematisch gesehen, den Uebergang zur Grundschuld. Der Forderungskreis muß aber doch in eindeutiger Weise bestimmt sein. Insofern hebt sich die Höchstbetragshypothek noch deutlich von der Grundschuld ab. Während die Rechtsnatur der Höchstbetragshypothek früher stark umstritten war, hat sich heute eine ziemlich einhellige Anschauung herausgebildet. Im Gegensatz zu ihrer heutigen, der herrschenden Meinung entsprechenden Auffassung vertraten das Reichsgericht und das Kammergericht früher die Ansicht, daß die Höchstbetragshypothek von vornherein Gläubigerhypothek sei. Sie werde erst späterhin dann zur Eigentümerhypothek, wenn und soweit feststehe, daß Forderungen nicht entstanden sind und nicht mehr entstehen können. Vor einer solchen Feststellung aber könne eine Eigentümerhypothek nicht entstehen[109]). Diese Auffassung steht offenbar

[109]) RG., Bd. 61, S. 41; KG., Bd. 35, S. 317.

im Gegensatz zu den Anlehnungsgrundsätzen. Zwar ist es unerheblich, daß die einzelnen Forderungen aus dem Forderungskreis erst nach der Eintragung der Hypothek entstehen (§ 1113, Abs. 2), sie sind aber im vorliegenden Fall weder bestimmt noch bestimmbar und daher zunächst ungeeignet, als Hauptrecht für eine Fremdhypothek zu dienen. — Das Reichsgericht[110]) und auch das Kammergericht[111]) nehmen daher heute an, daß die Höchstbetragshypothek, soweit die Forderung noch nicht entstanden, bezw. noch nicht endgültig festgestellt ist, sich als eine vorläufige, auflösend bedingte Eigentümergrundschuld darstellt. Auflösend bedingt insofern, als eine besondere Feststellung der Forderung, für die die Höchstbetragshypothek endgültig haftet, notwendig ist. Vorläufig insofern, als der Eigentümer zwar berechtigt ist, über diese Eigentümergrundschuld zu verfügen, sie z. B. zu verpfänden, aber nicht berechtigt ist, sich im Grundbuch neben dem Gläubiger als Berechtigter eintragen zu lassen[112]). Es würde dem Wesen eines geordneten Grundbuchverkehrs zuwiderlaufen, wenn das Grundbuch mit ständig wechselnden Eintragungen belastet würde.

2.) Die Rechtsprechung hat die Höchstbetragshypothek sehr beweglich gestaltet, sodaß sie bis vor einiger Zeit weitgehend Anwendung fand. So ist die Bestellung einer Hypothek für mehrere Forderungen gegen verschiedene Schuldner zulässig, auch wenn diese nicht in einer Verpflichtungsgemeinschaft stehen[113]). Auch ist es möglich, die Höchstbetragshypothek vor Feststellung in voller Höhe auch dann auf einen Dritten zu übertragen, wenn die bisher aus dem gesicherten Rechtsverhältnis entstehenden Forderungen den eingetragenen Höchstbetrag der Hypothek nicht erreicht haben[114]). Zwar kann die Höchstbetragshypothek auch nicht ohne Forderung übertragen werden, das Kammergericht hat es aber zugelassen, daß in dem Fall, in dem aus einem gesicherten Rechtsverhältnis zwar Forderungen noch nicht entstanden sind, aber entstehen können, der Gläubiger die Höchstbetragshypothek allein übertragen kann. Es geschieht dann die Uebertragung unter dem Vorbehalt der demnächstigen Entstehung der Forderung. Loser als hier kann das Abhängigkeitsverhältnis kaum noch gedacht werden; aber auch diese rechtliche Gestaltung verstößt nicht gegen die Anlehnungsgrundsätze. Es ist überhaupt festzustellen, daß bei der Höchstbetragshypothek, bei der infolge ihrer Natur und auf Grund einer ausdehnenden Auslegung des § 1190, Abs. 4, die Gefahr der Zerstörung der Abhängigkeit naheliegt, durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Kammergerichts das Anlehnungsprinzip

---

110) RG., Bd. 75, S. 250.
111) KG., Bd. 40, S. 286; Bd. 49, S. 225.
112) Staudinger-Kober, zu § 1190, 1 a, B.
113) RG., Bd. 126, S. 272 unter Aufgabe des bisherigen Standpunktes in Bd. 118, S. 354.
114) KG., Bd. 35, S. 317.

nie verletzt wurde. So hat es das Kammergericht[115]) ausdrücklich verboten, daß die Hypothek durch nachträgliche Erhöhung des eingetragenen Höchstbetrages erweitert wird.

3.) Wenn man sieht, wie sehr die Rechtsprechung den akzessorischen Charakter der Höchstbetragshypothek wahrt, nimmt es auf den ersten Blick Wunder, daß das Gesetz in § 1190, Abs. 4, der eine Forderungsabtretung ohne Uebergang der Hypothek ermöglicht, eine solch grundlegende Ausnahme zuläßt, wie sie das ganze Hypothekenrecht sonst nicht kennt. Bei genauerer Betrachtung kommt man zu dem überraschenden Ergebnis, daß hier aus „akzessorischen Gründen" eine Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip erlaubt wurde. Es ist folgendes zu bedenken: Scheidet eine einzelne Forderung aus dem durch die Höchstbetragshypothek gesicherten Forderungskreis aus, so vermindert sich die Höchstbetragshypothek um den Betrag dieser Forderung. Diese Folge steht aber in offensichtlichem Gegensatz zur Aufgabe der Höchstbetragshypothek. Diese soll in derselben Höhe bestehen bleiben, wie es sich die Parteien von Anfang an gedacht haben, da diese Höhe meist etwa dem durchschnittlichen Kontokorrentguthaben, bezw. dem erforderlichen Kapitalbedarf entspricht. Es sollen eben nicht die einzelnen Forderungen zu der Höchstbetragshypothek in Beziehung treten, sondern der ganze Forderungskreis als solcher. Die einzelne Forderung muß sich gewissermaßen für das Ganze aufopfern und deshalb ihren hypothekarischen Schutz verlieren. Auch die Motive[116]) sprechen schon von einer „unangemessenen Minderung der Sicherung für das Schlußguthaben", wenn die Einzelforderung samt Hypothek aus dem Forderungsverband ausscheidet. Die Bestimmung des § 1190, Abs. 4 muß man demnach als „Sicherheitsventil" betrachten, damit die Höchstbetragshypothek ihre hierdurch bewahrte Kraft im Dienste des ganzen Forderungsverbandes entfalten kann. — So aufgefaßt, verliert die durch § 1190, Abs. 4 festgelegte Ausnahme vom Anlehnungsgrundsatz erheblich an Bedeutung.

---

[115]) KG., Bd. 40, S. 282.
[116]) S. 768.

2. Unterabschnitt:

Das Recht außerhalb des BGB.

§ 15. Aufwertungsgesetzgebung

Bei der Aufwertung hypothekarisch gesicherter Forderungen ist der Kampf um die Akzessorietät mit voller Heftigkeit entbrannt. Die 3. Steuernotverordnung vom 14. 2. 1924, die die Aufwertung zuerst gesetzlich regelte, unterschied wie später das Aufwertungsgesetz scharf zwischen der Aufwertung der persönlichen Forderung und der Aufwertung der Hypothek. Sie hat aber das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Hypothek zu ungunsten des Akzessorietätsprinzips entschieden. Sie ließ drei wichtige Ausnahmen zu:

1.) Einmal gestatteten die §§ 2, 3 der Steuernotverordnung, daß die Hypothek höher aufgewertet wurde als die persönliche Forderung.

2.) Es konnte nach der Rechtsprechung des RG.[117]) in Auslegung des § 11 der VO. in den Fällen, in denen der Gläubiger die Zahlung der Forderung in Papiermarkgeld zum Nennbetrag vorbehaltlos angenommen, aber keine besondere Löschungsbewilligung erteilt hatte, vorkommen, daß die Forderung erlosch, die Hypothek aber bestehen blieb.

3.) Schließlich lag eine Trennung von Hypothek und Forderung darin, daß in dem Fall. wenn die persönliche Forderung höher aufgewertet wurde als das dingliche Recht, der überschießende Mehrbetrag nicht mehr durch die Hypothek gesichert war.

Das Gesetz „über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen" vom 16. 7. 1925 hat mit der Auffassung der 3. Steuernotverordnung völlig gebrochen und ist wieder zu einer klaren Abhängigkeit von Hypothek und Forderung zurückgekehrt. Die Absicht der Verfasser des Aufwertungsgesetzes ging dahin, unter allen Umständen eine die Aufwertung der gesicherten Forderung übersteigende Aufwertung des dinglichen Rechtes auszuschließen. Dem lag die Erwägung zugrunde, daß der persönliche Schuldner davor geschützt werden soll, durch Rückgriff von dem Eigentümer in höherem Grade in Anspruch genommen zu werden, als er dem Gläubiger aus der Aufwertung haftet[118]). Zwar werden, wie schon oben erwähnt, auch nach dem Aufwertungsgesetz

[117]) RGE., Bd. 109, S. 115.
[118]) Mügel, S. 211.

Hypothek und Forderung rechnungsmäßig getrennt aufgewertet. Aber durch § 4 und § 14 des Aufw.-Gesetzes wird wieder ein unlöslicher Zusammenhang zwischen beiden hergestellt, soweit eine Aufwertung der Forderung überhaupt stattfindet. § 4 lautet: „Hypotheken werden auf 25 Prozent des Goldmarkbetrages, jedoch nicht höher aufgewertet, als die durch sie gesicherte Forderung (Aufwertungsbetrag)". Der Aufwertungsbetrag der Hypothek richtet sich also völlig nach der Forderung.

Dieser § 4 war in Rechtsprechung und Wissenschaft äußerst umstritten. Wunderlich[119]) u. a. wollen diese Bestimmung nur auf solche Fälle anwenden, wo die Forderungsaufwertung von vornherein niedriger ist als die Hypothekenaufwertung. Es sei aber eine „Ungeheuerlichkeit, wenn man den Grundstückseigentümer aus der Notlage des persönlichen Schuldners profitieren lasse". Damit will gesagt werden, daß es unbillig sei, die auf den Schuldner wegen persönlicher Verarmung angewandte Härteklausel zwangsläufig auch auf einen evtl. als Kriegsgewinnler reich gewordenen Grundeigentümer anzuwenden, der als Grundeigentümer sowieso gegen die Einwirkungen der Deflation mehr geschützt gewesen sei. Wunderlich spricht sich deshalb für die Anwendung des § 425 aus. Wenn der Schuldner Herabsetzung der persönlichen Schuld verlange, so berühre das in entsprechender Anwendung des § 425 nur das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger, nicht das zwischen Hypothekar und Eigentümer; wenn eine persönliche Schuld von zwei Gesamtschuldnern zu tragen sei, so könne der eine die Härteklausel geltend machen, der andere nicht. Diese Auffassung ist aber im Hinblick auf die endgültige Regelung der Regreßlage durch die §§ 426, Abs. 2, 1164 vom rechtlichen Standpunkt aus unrichtig. Mag sie auch wirtschaftlich in einzelnen Fällen für den Augenblick zu einem billigen Ergebnis führen, so ist sie doch nicht nur aus Rechtsgründen abzulehnen, denn der Eigentümer wird gewöhnlich durch die Inflation des Vorteiles, wegen dessen er die Hypothek einräumen ließ, ebenfalls verlustig gegangen sein. — Die Bestimmung des § 4, die im Aufwertungsrecht das Akzessorietätsprinzip zur Durchführung bringt, ist daher auch vom wirtschaftsethischen Standpunkt aus begründet.

Die „Ausnahmen" vom Akzessorietätsprinzip, die nach dem Aufw.-Ges. zugelassen worden sind, berühren das Prinzip als solches nicht. Sie mußten zugelassen werden, weil durch das Ungültigwerden eines anderen, bisher allgemein gültigen Prinzips, das sich in der Gleichung Mark = Mark ausdrückt, das Gleichgewicht in der Sicherung durch Grundkredit und in der Sicherung durch persönlichen Kredit sich gewaltig zu Gunsten der ersten Sicherungsart verschoben hat. Dieser wirtschaftlich zwar ungeheuer wichtige Vorgang der Geldentwertung stellt ein einmaliges

[119]) DJZ., 1926, S. 15.

Ereignis dar und kann daher rechtlich nur als Ausnahmefall gewertet werden.

Die beiden letzten von den drei oben erwähnten, durch die 3. Steuernotverordnung festgelegten Ausnahmen sind auch unter der Herrschaft des Aufwertungsgesetzes als Ausnahmen bestehen geblieben. Wegen des zweiten Falles herrscht Streit darüber, ob bei völlig erloschener Forderung das Grundpfandrecht zur Eigentümerschuld oder aber, wie das RG.[120]) annahm, zur Fremdhypothek wird. Wie diese „forderungsentkleidete Hypothek" rechtlich zu konstruieren sei, stellt das RG. aus verständlichen Gründen allerdings anheim. Nach unserer, oben in § 9 vertretenen Auffassung ist es richtiger, hier eine Gläubigergrundschuld anzunehmen. Schon damals hatten sich auch gewichtige Stimmen gegen dieses „theoretisch unmögliche und praktisch unbrauchbare Zwittergebilde der forderungsentkleideten Hypothek, das aus der Welt der rechtlichen Erscheinungen zu verbannen sei", erhoben[121]).

Zusammenfassend kann wohl gesagt werden, daß bei der Regelung des schwierigen wirtschaftlichen Problems der Geldentwertung durch die Aufwertungsgesetzgebung die Anwendung des Akzessorietätsprinzips zu einer, in Anbetracht der widerstreitenden und verwickelten Interessenlagen verhältnismäßig gerechten Lösung geführt hat.

§ 16. Sonstige Rechtsgebiete

Außerhalb des BGB. finden sich in verschiedenen Gesetzen noch hypothekenrechtliche Bestimmungen, die Aufschluß darüber geben, wie vor allem die an die raschen Veränderungen der Verhältnisse sich anpassende Gesetzgebung sich mit dem Problem der Abhängigkeit von Forderung und Hypothek auseinandergesetzt hat.

1.) Das Reichsheimstättengesetz vom 10. 5. 20 (Neufassung vom 24. 11. 1937) bestimmt in seinem § 17, Abs. 2, daß eine Grundschuld erlischt, wenn die persönliche Schuld erlischt, für die sie bestellt wurde. Damit wird die abstrakte Grundschuld den Anlehnungsgrundsätzen des Hypothekenrechts unterstellt, weil dem Heimstätter mehr damit gedient ist, wenn die Grundschuld zwangsläufig erlischt, als wenn er nur schuldrechtlichen Bereicherungsanspruch hätte.

2.) Als angelehntes Recht erscheint die Hypothek in den §§ 1, 3 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung vom 26. 5. 1933. Ist nämlich ein Hypothekengläubiger bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks, auf welchem er eine Hypothek stehen hat, der Zuschlag zu einem Gebot erteilt worden, das hinter $^{7}/_{10}$ des Grundstückswertes zurückbleibt

[120]) RGG., Bd. 109, S. 115.
[121]) Boehmer, Trennung von Hypothek und Forderung, Arch. zur Praxis, Bd. 123/335.

dann gilt er aus dem Grundstück auch insoweit „als befriedigt", als sein Anspruch durch das abgegebene Meistgebot nicht gedeckt ist, aber bei einem Gebot in Höhe von $^{7}/_{10}$ des Grundstückswertes gedeckt sein würde. Hat also der aus dem Grundstück zur Befriedigung Berechtigte z. B. das Grundstück zu $^{5}/_{10}$ des Grundstückwertes erstanden und besitzt er eine hypothekarisch gesicherte Forderung in Höhe von $^{6}/_{10}$ des Grundstückswertes, so erlischt trotzdem Forderung und Hypothek.

3.) Um das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Hypothek klarer zu gestalten, verbietet das Gesetz zur Ergänzung des Reichssiedlungsgesetzes vom 4. 1. 35 in seinem § 1, Abs. 3 das Auseinanderfallen von persönlichem Schuldner und Eigentümer. Es macht damit die nachgiebige Bestimmung, des § 416, daß nämlich die Forderung mit der Hypothek übergehen soll, zu einer zwingenden. Jene Bestimmung lautet: „Im Fall des Eigentumswechsels haftet der Erwerber (eines unter den Geltungsbereich des Reichssiedlungsgesetzes fallenden Grundstückes) von dem Eigentumsübergang an für die persönliche Forderung, die dem nach Abs. 2 verteilten Betrag einer Hypothek zugrunde liegt. Rechte des Gläubigers gegen den bisherigen Schuldner ... erlöschen".

3. Unterabschnitt:

Internationales Privatrecht

§ 17 Einwirkungen des zwischenstaatlichen Rechts auf das Verhältnis von Forderung und Hypothek

Die hier auftretenden Probleme sollen durch ein Beispiel verdeutlicht werden. Ein Deutscher schuldet einem Italiener Geld; er läßt mangels anderer Sicherheit für diese Forderung an einem ihm gehörigen, in Italien gelegenem Grundstück eine Hypothek eintragen. Inhalt und Umfang der Hypothek bestimmt ausschließlich das Sachstatut, ebenso Form der Bestellung, Abtretung und Löschung[122]). Für das Forderungsrecht gilt dagegen das Personalstatut, also das Heimatrecht des Hypothekenschuldners[123]). Da es nach deutschem Recht keinen Satz gibt, daß die persönliche Forderung dem Recht des Grundstückes untersteht[124]), kann es also vorkommen, daß Forderung und Hypothek sich trennen. Mit dem Wesen der akzessorischen Natur der deutschen Hypothek hat dies allerdings nicht viel zu tun. Das ergibt sich deutlich aus der Betrachtung der Aufwertung hypothekarisch gesicherter Forderungen. Zwar folgt die Aufwertung der Hypothek auch den Gesetzen der belegenen Sache, die Aufwertung der Forderung dagegen dem Heimatrecht des Schuldners. Wenn es sich aber um eine Hypothek an einem deutschen Grundstück handelt, wird ein Vorbehalt zu Gunsten des deutschen Rechtes gemacht. Zur Begründung wird vorgebracht[125]), daß die Aufwertung einer Forderung, für welche eine Hypothek an einem deutschen Grundstück besteht, nur einheitlich erfolgen kann; deshalb sei die Anwendung ausländischen Rechtes auf die Aufwertung von Forderungen gegen den persönlichen Hypothekenschuldner in Deutschland ausgeschlossen.

Diese den Akzessorietätsgedanken betonende Lösung entspricht der Billigkeit, denn wenn der ausländische Forderungsgläubiger nach ausländischem Recht die Aufwertung der Forderung beurteilt, könnte sich ein im Verhältnis zur deutschen Währung durchaus ungerechtfertigter Aufwertungsbetrag ergeben, der dann Grundlage wäre für die Hypothekenaufwertung.

---

[122]) Frankenstein, S. 99.
[123]) Frankenstein, S. 105.
[124]) Frankenstein, S. 105.
[125]) Frankenstein, S. 216.

4. Unterabschnitt:

Rechtsvergleichende Betrachtungen

§ 18. Allgemeines

De Boor sagt über die Rechtsvergleichung[126]), daß diese nicht nur in einer bloßen Zusammenstellung ausländischer Rechtsnormen bestehen dürfe. Es komme darauf an, das wirkliche Funktionieren der Rechtsnormen, der geschriebenen und ungeschriebenen, im Rechtsleben des fremden Volkes zu ergründen. Denn erst von hier aus fänden auch die dogmatischen Aufstellungen der fremden Wissenschaft ihren Platz.

Ich glaube, daß diese Auffassung in ihrer Allgemeinheit nicht ganz zutreffend ist. Man wird einen Unterschied machen müssen, ob man Rechtsvergleichung treibt, um Anschauungsmaterial für das eigene kommende Recht zu finden oder aber ob man Rechtsvergleichung treibt zur Erklärung und Stützung einer bestehenden Rechtseinrichtung des eigenen Landes. Allerdings muß man in beiden Fällen wissen, was für ein Wirklichkeitsgehalt hinter einem ausländischen Rechtsbegriff steckt, weshalb z. B. für unseren Fall die Kenntnis der wirtschaftlichen Bedingtheiten des betreffenden Landes wichtig erscheint. — Es ist aber aus der Geschichte des deutschen Rechts der vergangenen zwei Jahrzehnte nur zu bekannt „der Kampf des Rechtes gegen die Gesetze", also die Tatsache, daß die Gebote der Gesetze und die Gebote des Lebens auseinandergingen. Umgekehrt erinnern wir uns ebenso gut an die mißbräuchliche Umgehung eines an sich ethisch und wirtschaftlich wohlbegründeten Gesetzes. Es können also Recht und Leben in zweifacher Hinsicht stark auseinanderklaffen und daher wird uns die Betrachtung der Wirkung eines Gesetzes des ausländischen Rechtes auch nicht immer den wahren Sinn dieses Gesetzes vermitteln können.

Die Rechtsvergleichung kann nicht auf die Vergleichung von Seinsbegriffen der einzelnen Staaten verzichten, vor allem wenn die Rechtsvergleichung zu dem erwähnten begrenzten Zweck der Erklärung und Stützung einer bestehenden eigenstaatlichen Rechtseinrichtung vorgenommen wird und wenn es sich außerdem um einen Rechtsstoff handelt, dessen Erfassung wie im vorliegenden Fall das Aufstellen abstrakter Rechtsbegriffe erfordert. Diese können eher miteinander verglichen werden, als solche Rechts-

[126]) Arch. f. z. Pr., Bd. 141, S. 276 ff.

begriffe, in denen die unmittelbaren Lebensgewohnheiten eines Volkes zum Ausdruck kommen.

§ 19. Das Verhältnis von Forderung und „Hypothek" im österreichischen[127]) und schweizerischen Recht (mit Hinweisen auf das schwedische und dänische Recht)

I. Die österreichische Hypothek setzt zu ihrer Entstehung eine gültige Forderung voraus. § 447 des ABGB. lautet: „Das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, welches dem Gläubiger eingeräumt wird, aus einer Sache, wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird, die Befriedigung zu verlangen. Die Sache, worauf dem Gläubiger das Recht zusteht, heißt überhaupt ein Pfand." § 449 ABGB. fährt dann fort: „Das Pfandrecht bezieht sich zwar immer auf eine gültige Forderung, aber nicht jede Forderung gibt einen Titel zur Erwerbung des Pfandrechts. Dieser gründet sich auf das Gesetz, auf einen richterlichen Ausspruch, auf einen Vertrag oder den letzten Willen des Eigentümers". — Die auf Grund eines fingierten Schuldtitels eingetragene Hypothek ist unzulässig[128]). Die Abtretung der Forderung bedeutet Uebertragung der Hypothek[129]). § 4 GG. bestimmt, daß der Gläubiger die Forderung, solange sie besteht, nur mit der Hypothek, also durch Eintragung im Grundbuch, abtreten kann. Allein kann die Hypothek nicht übertragen werden, deshalb kann sie überhaupt nicht übertragen werden, wenn die zugrunde liegende Forderung höchst persönlicher Natur ist[130]). Verzicht auf das Pfandrecht bedeutet aber im Zweifel nicht Verzicht auf die Forderung: § 467 ABGB. Daraus geht klar hervor, daß auch das österreichische Recht die Forderung als das Hauptrecht ansieht. Klang[131]) sagt ebenfalls, daß das österreichische Pfandrecht nach § 449 grundsätzlich Nebenrecht einer Forderung sei. Bezüglich des Erlöschens der Hypothek bestimmt § 469 ABGB.: „Durch Tilgung der Schuld hört das Pfandrecht auf .... Zur Aufhebung der Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekengut bleibt solange verhaftet, bis die Schuld aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Bis dahin kann der Eigentümer des Gutes auf Grund einer Quittung oder einer anderen, das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden Urkunde, das Pfandrecht auf eine neue Forderung übertragen, die den Betrag der eingetragenen Forderung nicht übersteigt."

---

[127]) Rechtsquellen: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1. 6. 1811 (ABGB). Grundbuchgesetz vom 25. Juli 1871 (GG.).

[128]) Mayr, S. 532, Anm. 3.

[129]) Mayr, S. 600.

[130]) Mayr, S. 534.

[131]) a. a. O. zu § 449.

Eine dem deutschen Recht entsprechende Ausnahme kennt das ABGB. noch in § 1483, der bestimmt, daß die persönliche Haftung auch für sich allein durch Verjährung erlöschen kann.

II. Während Oesterreich die Grundschuld in der Form des Eigentümergrundpfandrechtes überhaupt nicht in seinem System aufzuweisen hat, kennen Schweden und Dänemark ein Eigentümergrundpfandrecht nur insoweit, als es sich aus der Hypothek entwickelt. So sagt § 40,. Abs. 1 des dänischen Gesetzes über die gerichtliche Kundmachung vom 31. 3. 1926, daß das Grundpfandrecht dem Eigentümer zustehe, wenn die Forderung nicht entstanden oder nichtig sei[132]). Für Schweden bestimmt § 25, Abs. 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 1912 betr. Abänderung der Hypothekenverordnung vom 16. 6. 1875, daß ein Eigentümerpfandrecht nur in dem Fall anerkannt wird, in dem die eingetragene Hypothekensumme die Forderung übersteigt. Die dänische und schwedische Eigentümergrundschuld geht wie im deutschen Recht kraft Gesetzes auf den Eigentümer über im Gegensatz zu der Regelung bei der Schweizerischen Gült; bei dieser muß noch eine besondere Abtretungserklärung hinzukommen.

Schweden hat übrigens noch eine interessante hypothekenrechtliche Einrichtung; es muß nämlich der Gläubiger vor Ablauf von 10 Jahren die Eintragung im Inskriptionsregister erneuern lassen, sonst ist die Hypothek untergegangen. Die nachträgliche Befriedigung durch Verfall der Hypothek durch den Eigentümer, sowie der Verfall selbst bringen nach dieser 10jährigen Frist kein Eigentümerpfandrecht zur Entstehung.

III. Schweiz[133]) drei verschiedene Grundstücksbelastungen sind in dem schweizerischen „Grundpfandrecht" zusammengefaßt:

1) die Grundpfandverschreibung,
2) der Schuldbrief
3) die Gült.

1.) Die Grundpfandverschreibung entspricht etwa der Sicherungshypothek des deutschen Rechts. Sie ist, soweit die Forderung eingetragen ist, ein akzessorisches Recht[134]). Die Forderung ist ebenfalls das Hauptrecht, denn durch die Eintragung wird die Forderung in keiner Weise beeinflußt[135]). Die Inhaberhypothek ist hier ausgeschlossen, während sie beim Schuldbrief und bei der Gült zulässig ist. Das Pfandrecht entsteht zwar materiell erst mit der

---

[132]) Vergl. hierzu und zum Folgenden den Artikel unter Stichwort „Grundschuld" v. Rohlfing im rechtsvergleichenden Handwörterbuch 1931, S. 817 ff.

[133]) Rechtsquelle: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB.), in Kraft seit 1. 1. 1912.

[134]) Leemann zu Art. 793, Nr. 5.

[135]) Leemann zu Art. 793, Nr. 7.

Forderung, deren Nebenrecht sie bildet. Der Eintrag des Pfandrecht in das Grundbuch bewirkt jedoch nach Art. 824 bereits eine dingliche Gebundenheit des Grundstücks, eine unbedingte und gegenwärtige Belastung, auch wenn die Forderung noch nicht entstanden ist. Insofern ist die Grundpfandverschreibung nach Auffassung der schweizerischen Rechtswissenschaft kein rein akzessorisches Recht, sondern von „halbakzessorischer Natur“[136]).

2.) Der Schuldbrief: Dieser entspricht etwa unserer Verkehrshypothek. Bei diesem wird durch die Bestellung neben der dinglichen Haftung noch eine persönliche Haftung begründet. Der Schuldbrief ist aber noch wesentlich selbständiger als die Verkehrshypothek; er enthält wie die Gült „eine abstrakte Anweisung des Gläubigers auf einen Teil des Grundstückswertes[137]).

3.) Die Gült: Durch diese wird eine Forderung als Grundlast auf ein Grundstück gelegt. Sie gibt keinen persönlichen Anspruch gegenüber dem Eigentümer des belastenden Grundstücks; ein Schuldgrund wird nicht aufgeführt[138]).

Für alle drei Grundpfandrechte gilt Buchungszwang: Art. 799, Abs. 1. Als modernes Recht kennt das Pfandrecht des ZBG. auch den Schutz des gutgläubigen Erwerbs: Art. 973, und zwar gilt dieser — im Gegensatz zum deutschen Recht, das der Sicherungshypothek den Schutz des § 892 versagt, soweit die Forderung in Frage steht — auch für die akzessorische Grundpfandverschreibung. Bei dem Schuldbrief bezieht sich dabei der öffentliche Glaube des Grundbuches weitestgehend auch auf die Forderung: Art. 865, 866 ZBG. Dies mag besonders hervorgehoben werden im Hinblick auf die vom Verfasser befürwortete Lösung des Falles, wem die Forderung zusteht, wenn ein Nichtberechtigter eine gültige, hypothekenrechtlich gesicherte Forderung abtritt: vergl. oben § 9, 3. Fall!

Während das schweizerische Recht gegenüber dem deutschen Recht einerseits Abschwächungen der Anlehnungsgrundsätze aufzuweisen hat (vor allem Art. 824 ff.: Schuldbrief), beweist die weitgehende Erstreckung des Schutzes des guten Glaubens auch auf die Forderung die Absicht, durch akzessorische Bestimmungen eine mögliche Rechtsverdoppelung zu vermeiden. In dieser Richtung liegt auch ein vom schweizerischen Recht im Sinne der „falschen Akzessorietät“ entschiedener Fall: „Forderungen, für die ein Grundpfand eingetragen ist, unterliegen keiner Verjährung.“ (Art. 807). Die Forderung beginnt also erst zu verjähren, wenn die Eintragung des Pfandrechts im Grundbuch gelöscht wird. Das eingetragene Grundpfandrecht lebt so lange, als es im Gundbuch steht[139]).

---

[136]) Leemann zu Art. 824, Nr. 34.
[137]) Leemann, zu Art. 842 ZGB.
[138]) Leemann, zu Art. 847 ZGB.
[139]) Leemann, zu Art. 807 ZGB.

§ 20. Das Verhältnis von Forderung und „Hypothek" im französischen, brasilianischen und lettischen Recht

I. Frankreich[140]): Das französische Recht hat den Akzessorietätsgrundsatz am strengsten durchgeführt. Es kennt keine Unterscheidung zwischen den Hypotheken nach der Art, in welcher die Abhängigkeit von der Forderung geregelt ist; es kennt nur eine Form, die etwa unserer Sicherungshypothek entspricht. Art. 2114 CC. bestimmt: Die Hypothek ist ein dingliches Recht auf Liegenschaften, die für die Erfüllung einer Verbindlichkeit haften. Die französische Hypothek ist aber noch insofern strenger akzessorisch als die deutsche Sicherungshypothek, weil sie bei Untergang der Forderung auf alle Fälle erlischt; Nachhypothekare rücken auf. Die Abhängigkeit der Hypothek von der Forderung ist im CC. so streng durchgeführt, daß auch ein Dritter die Hypothek nicht gutgläubig erwerben kann. Ist die Forderung nichtig, dann auch die Hypothek. Die Eintragung im Inskriptionsregister schützt den Erwerber nicht davor, daß die Hypothek trotz der Eintragung nichtig ist. Ein Dritter erwirbt sie also nur dann, wenn sie auch tatsächlich entstanden ist[141]).

Daß die französische Gesetzgebung und Rechtsprechung diese im Entstehen, Bestehen und Erlöschen streng von der Forderung abhängige Hypothek in der Gestaltung belassen hat, wie sie nun schon seit der Schaffung des CC. im Jahre 1804 besteht, beweist die Unentbehrlichkeit des Akzessorietätsprinzips für das französische Hypothekenrecht. Dies hängt nach m. A. wohl zum Teil mit der Lebensauffassung des Durchschnittsfranzosen zusammen, den man — dies gilt mindestens für die Vorkriegszeit — als „Rentnertyp" bezeichnen kann. Er arbeitet bis ins reifere Mannesalter, um dann soviel erspart zu haben, daß er von einer Grundstücks- oder Kapitalrente leben kann. Hat er demnach keine Interesse, und besteht für ihn auch regelmäßig kein Anlaß, sein Haus mehr als notwendig zu belasten, so braucht ihm auch die Rechtsordnung keine Grundpfandrechtsarten, wie die leichter bewegliche Verkehrshypothek oder gar die Grundschuld zur Verfügung zu stellen.

Dem französischen Vorbild entspricht die Regelung in Belgien, Niederlande, Italien, Bulgarien, Rumänien, Portugal und den süd- und mittelamerikanischen Staaten. Von diesen soll ein Staat besonders behandelt werden, nämlich

II. Brasilien[142]): Die Hypothek des brasilianischen Rechtes ist streng akzessorisch[143]). Die Hypothek entsteht und erlischt

---

[140]) Rechtsquelle: Code Civil (CC.) von 1804.

[141]) Rechtsvergleichendes Handwörterbuch, Bd. 4, S. 272.

[142]) Rechtsquelle: Codigo Civil: Das Zivilgesetzbuch der Vereinigten Staaten von Brasilien in der Fassung vom 15. 1. 1919 (Cod. Civ.).

[143]) Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. 3. Vorbem. zum 11. Kapitel, S. 184.

mit der Forderung: Art. 809, 849 Cod. Civ.; eine Eigentümerhypothek entsteht in keinem Fall. Eine, wie oben erwähnt, auch dem schwedischen Recht bekannte Regelung wird durch Art. 830 Cod.Civ. getroffen. Hiernach gilt die Eintragung der Hypothek so lange, als das Schuldverhältnis besteht. Nach 30 Jahren muß aber die „Spezialisierung erneuert" werden.

§ 21. Das Verhältnis von Forderung und „Hypothek" im russischen Recht[144])

Das Pfandrecht der Sowjet-Union weist gegenüber demjenigen des zaristischen Rußlands keine wesentlichen Unterschiede auf[145]). Auch dem heutigen russischen ZGB., das zwischen Pfandrecht an Grundstücken und Pfandrecht an Mobilien nicht unterscheidet, ist nur das sichernde, nicht aber das selbständige Pfandrecht bekannt. Art. 85 ZGB. bestimmt: „Das Pfandrecht sichert die Forderung in dem Umfange, wie sie im Zeitpunkt der Befriedigung besteht. Die Abtretung der Forderung regelt Art. 103 ZGB.: „Mit der Abtretung der durch Pfand gesicherten Forderung geht auch das Pfandrecht auf den neuen Gläubiger über. Und schließlich Art. 104 ZGB.: „Das Pfandrecht erlischt bei Untergang der durch Pfand gesicherten Forderung, sowie durch Verkauf der gepfändeten Sache im Wege der öffentlichen Versteigerung."

Das sowjet-russische Recht, das von anderen wirtschaftlichen Voraussetzungen ausgeht als das zaristische Recht, hat also das Pfandrecht als streng akzessorisches Recht belassen.

§ 22. Das Verhältnis von Forderung und „Hypothek" im englischen und amerikanischen Recht

I. England[146]): Das englische Recht kannte bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts als Sicherung für die Forderung kein anderes Mittel als die bedingte Eigentumsübertragung. Dieses „mortgage", das über den bloßen Sicherungszweck hinausging, hatte schwere Nachteile für den Schuldner. Deshalb wurde diese unter der Herrschaft des Common Law im einzelnen ausgebildete Form durch die Rechtsprechung der Equity zu einem wirklichen Pfandrecht ausgestaltet. Den Abschluß fand diese Entwicklung durch den New Law of Property Act 1925.

Bis 1925[147]) war die hauptsächlichste grundpfandrechtliche Form, das sogenannte legal mortgage of land. Dieses wurde im An-

---

[144]) Rechtsquelle: Das russische Zivilgesetzbuch (ZGB.) vom Jahre 1923, besprochen von Prof. Sawadsky in „Das Recht Sowjetrußlands", Tübingen 1925.

[145]) Sawadsky, S. 277.

[146]) Rechtsquellen: Die einzelnen Gesetze über das mortgage bis 1925. Der New Law of Property Act, in Kraft seit 1. 1. 1926.

[147]) Vergl. zum Folgenden die Ausführungen von R. Kohlmann in „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. 2, S. 498—544.

schluß an eine Rechtsform des 13.—15. Jahrhunderts in der Weise ausgestaltet[148]), daß der Pfandgläubiger an dem Grundstück ein Pachtrecht über 3000 Jahre (a lease for a term of years absolute) erhält. Der Verpfänder behält also sein Eigentum, der Gläubiger bekommt nur ein solches Recht am Grundstück, das ihm wie bei unserer deutschen Hypothek ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück, aber außerdem noch ein Recht auf Besitz und Verwaltung und ein Recht auf foreclosure gab. Dieses Recht auf foreclosure schloß die Befugnis in sich, auf Grund gerichtlicher Entscheidung bei Nichtzahlung das Eigentum am Grundstück zu erwerben.

Durch den New Law of Property Act hat das englische Recht durch Schaffung einer neuen grundpfandrechtlichen Form den Anschluß an die Hypothek der übrigen Staaten gefunden. Diese „charge" ist nicht mehr mit der Uebereignung des Grundstückes bezw. mit der Begründung eines Pachtvertrages verbunden. Sie ist wie die Hypothek ein dingliches Recht am Grundstück und unterscheidet sich von ihr dadurch, daß sie dem Hypothekengläubiger noch das Recht auf forecosure und das Recht auf Besitz und Verwaltung gibt.

Die mortgage ist kein selbständiges Grundpfandrecht im im Sinne unserer Hypothek; es ist möglich, daß bei ihr die persönliche Haftung ausgeschlossen werden kann. Diese Besonderheit der mortgage hängt aber wohl, wie ich glaube, mit der eigenartigen Ausgestaltung des Rechtes des Pfandgläubigers zusammen, zu dessen Gunsten ein langfristiger Pachtvertrag am verpfändeten Grundstück angenommen wird. Die mortgage, die wirtschaftlich zumeist von einer Forderung abhängig ist, wird in der Regel ein besonderes Schuldversprechen (convenant) oder Schuldanerkenntnis beigefügt, das die persönliche Forderung zu einer specially debt macht, die eine besonders rasche Vollstreckung ermöglicht. Da aber auch ohne ausdrückliches Versprechen angenommen wird, daß der Eigentümer wohl bei Fälligkeit die Schuld zurückbezahlen werde, begründet die mortgage in der Regel zugleich auch eine persönliche Forderung; in tatsächlicher Hinsicht ist sie also auch abhängig.

II. Amerika[149]): Ursprünglich war die für das amerikanische Recht vorherrschende Form der Verpfändung auch die bedingte Eigentumsübertragung. Später entwickelte sich dann die mortgage im englischen Sinne[150]). In manchen Saaten von USA. ist allerdings noch die einzig gebräuchliche Form die bedingte Eigentumsübertragung.

---

[148]) Kohlmann, S. 509.
[149]) Vergl. hierzu die Ausführungen von Th. Rohlfing im Rechtsvergleichenden Handwörterbuch, Bd. 4, S. 308 ff.
[150]) Rohlfing, S. 308.

Für die amerikanische mortgage vertritt Rohlfing die Auffassung, daß sie kein selbständiges Grundpfandrecht darstelle. Im Augenblick der Pfandbestellung müsse eine gegenwärtige oder künftige Forderung bestehen. Er führt hierzu folgende gesetzliche Begriffsbestimmung an: „a mortgage is the conveyance of an estate by way of pledge for the security of a debt and to become void on payment of it".

Rohlfing führt weiter aus, daß in Anbetracht der besonders ausgeprägten Formfreiheit des amerikanischen Rechtes in allen Fällen, in denen sich ergibt, daß das angegebene Grundstück die Zahlung eines Geldbetrages oder einer anderen Verbindlichkeit sichern solle, die Begründung einer mortgage angenommen werden müsse[151]). Aus der Urkunde, die das mortgage begründet, müsse hervorgehen, daß die Einräumung des Pfandrechts nach Tilgung der Forderung als aufgehoben gilt.

[151]) Rohlfing, S. 309.

C. Schluß

§ 23. Zusammenfassung des Ergebnisses:

Vorschläge für das kommende Recht

I. Wie auf anderen Gebieten des geistigen Lebens deutsches Denken am umfassendsten mit den Problemen ringt, so hat auch das deutsche Recht in umfänglichster und gründlichster Art alle Möglichkeiten erschöpft, wie ein Pfandrecht an Grundstücken gestaltet werden könnte. Weil es so viele grundpfandrechtliche Arten kennt, ist im deutschen Recht der Kampf um die Akzessorietät, vor allem als Streit um die richtige Abgrenzung[152]) am heftigsten entbrannt und am leidenschaftlichsten ausgetragen worden. Für das französische Recht z. B. war die Akzessorietätsfrage kein Problem, weil es nur die akzessorische Hypothek kennt. Für das amerikanische Recht andererseits war sie deshalb kein Problem, weil wegen dessen Formfreiheit das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Grundpfandrecht viel freier gestaltet werden konnte. Wegen der Formenstrengheit im deutschen Liegenschaftsrecht mußten hier noch besondere „Wirklichkeitsprobleme" gelöst werden und sie sind gelöst worden[153]), wenn auch die Gesetzessprache gerade bei diesen Bestimmungen an volkstümlicher Einfachheit und Klarheit zu wünschen übrig läßt[154]).

II. Drei Hauptfragen, die in der Einleitung und dann auch im Hauptteil aufgeworfen wurden, können nun abschließend beantwortet werden.

1.) Die 1. Frage lautet:

Ist die Hypothek des BGB. von der Forderung als dem Hauptrecht so abhängig, daß sie als das sichernde Nebenrecht deren Schicksal im Entstehen, Bestehen und Erlöschen teilt?

Nach unseren Ausführungen im Hauptteil muß die deutsche Hypothek nach Absicht der Verfasser des BGB., nach dem Gesetzeswortlaut und einer vernünftigen Auslegung als streng akzessori-

---

[152]) Vergl. die §§ 1192, 1185 und 1200.

[153]) Vergl. die §§ 891, 892; 1138; 1156; 1168, Abs. 2.

[154]) Vergl. die sprachlichen Wendungen in § 1138 „für die Hypothek in Ansehung der Forderung" oder die ungenaue Ausdrucksweise in § 1163: „So steht die Hypothek (richtiger: das Grundpfandrecht) dem Eigentümer zu".

sches Recht angesehen werden. Die einzigen echten Ausnahmen[155]) sind rechtlich betrachtet das Prinzip kaum berührende Grenzfälle. Ihr wissenschaftliches Anwendungsgebiet ist außerdem klein, wenn man an die ungeheure Zahl der regelmäßigen Hypothekengeschäfte denkt, bei denen das Akzessorietätsprinzip streng waltet. Man darf sich doch nicht durch die größere Anzahl der gesetzlich geregelten Ausnahmefälle täuschen lassen. Das Recht muß die Ausnahmen besonders eingehend behandeln, die Regel versteht sich von selbst, vor allem wenn es sich um ein solch klares Prinzip wie das Akzessorietätsprinzip handelt, das durch das Gesetz seine feste Umgrenzung erfahren hat. Die scheinbaren Ausnahmen vom Akzessorietätsprinzip wurden als solche erkannt. Hier ist vor allem der Fall des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek zu nennen (§§ 892, 1138): hier erhält der Erwerber nicht eine forderungsentkleidete Fremdhypothek, sondern vielmehr eine Fremdgrundschuld und der Fall des § 1164: hier entsteht keine „Eigentümerhypothek", sondern eine Eigentümergrundschuld.

2.) Die 2. Frage könnte so zusammengefaßt werden:

Ergeben die rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Untersuchungen und die praktischen Erwägungen bezüglich des geltenden Rechts die Forderung, daß die deutsche Hypothek in ein anderes Verhältnis zur persönlichen Schuld treten soll oder ist es gar noch besser, die Hypothek völlig durch die Grundschuld zu ersetzen?

a) Eine andere Form der Abhängigkeit — also nicht nur ein anderer Grad der Abhängigkeit — läßt sich theoretisch und praktisch nur so denken, wie sie von Heck und dessen Vorläufern vorgeschlagen wurde. Alle anderen Möglichkeiten werden durch ein vernünftig verstandenes Akzessorietätsprinzip sofort an die richtige Stelle gerückt. Diejenigen, die die Forderung nur als Legitimation für die Hypothek gelten lassen wollen, bestellen keine Hypothek, sondern von vornherein eine Grundschuld. Diejenigen aber, die die Forderung nur als Entstehungsbedingung für die Hypothek Bedeutung beimessen, die Hypothek aber dann als forderungsentkleidete, selbständige Hypothek ihre eigene Wege gehen lassen wollen, ist entgegenzuhalten, daß zwar zunächst allerdings eine Hypothek entsteht; diese verwandelt sich aber im Augenblick des Forderungswegfalles auf alle Fälle in eine Grundschuld.

---

[155]) Nämlich die Fälle der §§ 1159 (Hypothek für rückständige Zinsen und andere Nebenleistungsansprüche), 1190, Abs. 4 (Hypothek für eine abgezweigte Einzelforderung aus einem Forderungskreis, für die eine Höchstbetragshypothek haftet) und die Fälle der KO. §§ 47, 48 (Konkurs), § 193, Abs. 2 (Zwangsvergleich) und die §§ BGB. 1137, Abs. 1, Satz 2, 1971 (Erbüberschuldung).

Als einzige Möglichkeit eines anderen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Forderung und Hypothek ist somit die hauptsächlich von Heck vorgeschlagene anzusehen. Hiernach tritt die Hypothek der Forderung gleichberechtigt zur Seite. Auf diesem von ihm konstruierten Tatbestand will Heck das Recht über die passive Gesamtschuld und nicht die Vorschriften über die Bürgschaft angewandt wissen. Wie oben in § 10 ausgeführt, ist es nach geltendem Recht unmöglich, die Hypothek in ein solches Verhältnis zur Forderung treten zu lassen, wie Heck es vorschlägt. Die auf Grund des Akzessorietätsprinzips folgerichtig vorgenommene Anordnung der Hypothek hinter der Forderung als einer von dieser Dasein und Gestaltung empfangendes Recht entspricht eben auch der Reihenfolge der Ausbildung von Forderung und Pfandrecht in der rechtsgeschichtlichen Entwicklung. So sagen z. B. auch die Protokolle[156]) in diesem Zusammenhang, daß sich geschichtlich und logisch die abstrakte Obligation aus der kausalen entwickle. Das bedeutet für unsere Fragestellung, es gab rechtsgeschichtlich zuerst das Forderungsrecht, das bestimmte, tatsächliche Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen umgrenzt. Wegen dieses Forderungsrechtes — nicht neben oder trotz des Forderungsrechts — entwickelte sich dann das dingliche und daher abstraktere Pfandrecht. Nichts liegt näher, als diese geschichtlich entwickelte Abhängigkeit des Pfandrechts vom Forderungsrecht überhaupt heute noch auf jeden einzelnen Fall anzuwenden, soweit es sich tatbestandlich um ein echtes Abhängigkeitsverhältnis handelt und nicht darum, daß der Wert des Grundstückes durch Verkörperung in einem „Realwechsel" (Grundschuldbrief) zahlungshalber, also nicht sicherungshalber hingegeben werden soll. — Da die rechtsvergleichenden Betrachtungen gezeigt haben, daß auch das ausländische Recht das unserer Hypothek entsprechende Grundpfand überwiegend akzessorisch ausgestaltet hat, kann als erwiesen angesehen werden, daß, wenn überhaupt ein sachenrechtlich erhebliches Verhältnis zwischen Forderung und Hypothek besteht, dies nur in dem Sinne ausgebildet werden kann, daß die Forderung das Hauptrecht, die Hypothek das von dieser abhängige Nebenrecht ist.

b) Nach unserer Auffassung von der Hypothek als einem dinglichen, pfandmäßigen Verwertungsrecht gehört der Vorschlag, die Hypothek gänzlich zu Gunsten der Grundschuld abzuschaffen, eigentlich nicht unmittelbar zu unserer Fragestellung, da die Grundschuld nach Absicht der Verfasser des BGB. in sachenrechtlich erheblicher Weise keine Forderung voraussetzt. Da dieser Vorschlag aber die Daseinsberechtigung der Hypothek in ihrer heutigen Gestalt überhaupt leugnen will, muß auch hierauf eine abschließende Antwort gegeben werden.

---

156) Mugdan, Protokolle, S. 792 ff.

Als Grund für die Beseitigung der Hypothek wurde schon bei der Schaffung des BGB. angegeben[157]), daß die Grundschuld den natürlichen Abschluß der geschichtlichen Entwicklung des modernen Hypothekenrechts bilde; die Bevorzugung der Grundschuld liege in der Konsequenz der Erstreckung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs auf die Forderung. Einer der größten Juristen der Neuzeit, der verstorbene Schweizer Prof. Eugen Huber, hat schon im Jahre 1893 in einer seiner Schriften[158]) zu der Frage der einseitigen Bevorzugung von Hypothek oder Grundschuld in einer allgemein gültigen Form dahingehend Stellung genommen: „Man hätte sich darüber klar sein sollen, daß man mit der Gestattung der Belastung eines Grundstückes ohne materielle Forderung keine selbständige Hypothek, sondern ein Neues geschaffen hat, das zur Rente sachlich und geschichtlich in engster Beziehung steht .... Es gibt gewisse Bedürfnisse, die nur in der Gestalt Befriedigung finden können, daß man zu einer prinzipal vorhandenen Forderung ein akzessorisches Pfandrecht hinzutreten läßt, das freilich in Bezug auf Publizität und Spezialität den modernen Grundsätzen des Grundbuchrechts untergeordet wird, im übrigen aber keine abstrakte Geltung besitzt und in seiner Existenz vom Dasein der materiellen Forderung abhängig ist." — Huber hat schon damals mit scharfem Blick erkannt, daß es nicht heißen kann Hypothek o d e r Grundschuld, sondern Hypothek u n d Grundschuld. Er hat allerdings die Tatsache des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek noch nicht richtig beurteilt, weil er darin offenbar eine echte Ausnahme vom Akzessorietätsprinzip erblicken will, während doch gerade durch die Möglichkeit der Verwandlung der Hypothek in die durch das moderne Recht geschaffene Grundschuld beim Untergang der Forderung einem richtig verstandenen Anlehnungsprinzip durchaus Genüge getan ist.

Die Rollenverteilung zwischen Hypothek und Grundschuld hat sich in den letzten Jahren in einer nach meiner Ansicht durchaus mißzubilligenden Weise zu Gunsten der Grundschuld verschoben. Diese sollte nur begründet werden können, wenn die Bestellung einer Hypothek wegen ihrer abhängigen Natur ausgeschlossen ist. Die Sicherungsgrundschuld, die v e r t r a g s g e m ä ß zur Sicherung einer persönlichen Forderung irgendwelcher Art dient, sollte nicht mehr zugelassen werden, soweit es sich um eine G e l d forderung handelt. Es zeigt sich nämlich, daß die Sicherungsgrundschuld, zu deren gesetzlichem Tatbestand die Forderung nicht gehören dürfte, doch nicht auf die unmittelbare Berücksichtigung der Forderung sogar im Gesetz verzichten kann[159]). In anderen Gesetzen

---

[157]) Motive, Seite 607.

[158]) a. a. O., S. 813 ff.

[159]) Ausdrücklich erwähnt ist die Forderung bei den grundschuldrechtlichen Bestimmungen des § 33, Abs. 2, Erbbaurechtsverordnung vom 15. 1. 1919, § 53, Abs. 2 ZVG., § 17, Abs. II, Reichsheimstätten-Gesetz und § 64 des Erbschaftssteuergesetzes.

wieder ist die Grundschuld in solchen Fällen, die ausgesprochen hypothekenrechtliche Tatbestände regeln, den Grundsätzen über die Hypothek unterstellt — vergl. unten § 16.

Auch die Rechtsprechung hat für die Sicherungsgrundschuld die Notwendigkeit der unmittelbaren, sachenrechtlichen Berücksichtigung der Forderung anerkannt. So verlangt z. B. das Reichsgericht[160]), daß bei der Verpfändung einer Grundschuld auf der Abtretungserklärung auch die zu sichernde Forderung angegeben werden muß. Bezeichnend ist auch die Schwierigkeit, die die Pfändung der Sicherungsgrundschuld bereitet. Kober[161]) empfiehlt, sowohl Forderung wie Grundschuld zu pfänden. Besonders aufschlußreich ist die Tatsache, daß das Reichsgericht im Falle der nicht valutierten Grundschuld zwei völlig entgegengesetzte Entscheidungen getroffen hat, während es ursprünglich eine „akzessorische" Entscheidung fällte. also die Grundschuld bei Nichtvalutierung „ins Leere" fallen ließ[162]), nimmt es heute an[163]), daß die nichtvalutierte Grundschuld dem Grundschuldgläubiger zusteht, der Grundeigentümer aber nur einen schuldrechtlichen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, der entweder auf Rückgewähr der Grundschuld durch Verzicht (§ 1169) oder aber auf Rückabtretung gehe. Daß diese Regelung für nachstehende Hypothekengläubiger schwerste, durch nichts gerechtfertigte, wirtschaftliche Nachteile haben kann, wurde schon oben in § 10 aufgezeigt. Damit ist natürlich nichts gegen die Entscheidung des Reichsgerichts gesagt, die ich für durchaus richtig halte; vielmehr liegt der Fehler darin, daß die Grundschuld in Fällen angewandt wird, wo nur die Hypothek am Platze ist. Es muß also für das kommende Recht die Forderung aufgestellt werden, daß die Grundschuld in erster Linie nur noch als Eigentümergrundschuld zugelassen wird; als Fremdgrundschuld sollte deren Begründung nur noch zu dem Zwecke möglich sein, daß die Bestellung schenkungshalber oder zur Tilgung einer persönlichen Schuld geschieht oder in anderen denkbaren Fällen, in denen überhaupt keine Forderung oder mindestens keine Geldforderung besteht, zu deren Sicherung die Grundschuld dienen soll.

Außer ihren so begrenzten wirtschaftlichen Aufgaben hat die Grundschuld immer noch eine rechtssystematisch bedeutsame Abgrenzungsfunktion. Sie ermöglicht es, die akzessorische Natur der Hypothek systemrein durchzuführen. In allen Fällen, in denen trotz Untergangs der Forderung das Bestehen eines Grundpfandrechtes erforderlich ist, vermag sich nun die Hypothek in eine Grundschuld zu verwandeln.

---

160) RGE., Bd. 136, S. 424.
161) a. a. O. zu § 1191, 6.
162) RGE., Bd. 60, S. 251.
163) RGE., Bd. 85, S. 91.

Unrichtig ist es daher, wenn Wendt[164]) sagt, daß auch die Grundschuld ein akzessorisches Recht sei, sie unterscheide sich nicht von der Hypothek, denn sie habe auch eine Obligation hinter sich, zu der sie sich akzessorisch verhalte. Auch die Grundschuld gebe Pfandrecht und Schuld, nicht bloß das eine von beiden. Diese im Verhältnis zur Heck'schen völlig entgegengesetzte Ansicht ist nach dem bisher Ausgeführten ebenso entschieden abzulehnen. Die Grundschuld, so wie sie von den Verfassern des BGB. geschaffen wurde, ist ein selbständiges Recht. Die Beziehungen zwischen Forderung und Grundschuld stellen sich dar, vor allem als Beziehungen zwischen Forderungs-Gläubiger und Grund-Schuldner. Hierin liegt der augenfälligste Unterschied gegenüber der Hypothek, die das Verhältnis zwischen Forderung und Hypothek regelt.

Wenn die Grundschuld nun in den letzten Jahren in weitestem Umfang als Sicherungsgrundschuld Eingang fand, ist das sowohl vom rechtssystematischen wie auch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus zu bedauern. Es wurde schon oben in § 10 ausgeführt, daß sich bereits eine rückläufige Bewegung bemerkbar macht, nämlich eine Rückkehr zur Hypothek als dem Sicherungsmittel für eine Forderung, das die Interessen aller Beteiligten beim Grundpfandgeschäft am gerechtesten wahrt.

Daß die Grundschuld so überhandnehmen konnte, war, wie schon angedeutet, nur möglich, weil sie hypothekenrechtliche Bestandteile in sich aufnahm, und hierdurch das bisher schuldrechtliche Verhältnis zwischen Forderung und Grundschuld etwas verdinglicht wurde. Solch ein Zwittergebilde muß aber aus rechtssystematischen Gründen abgelehnt werden.

III. Wenn somit die Forderung aufgestellt wird, daß die Hypothek auch im Wirtschaftsleben wieder als die beherrschende Pfandrechtsform in Anwendung zu bringen ist, ergibt sich als dritte Frage:

> Welche Mängel weist die Hypothek des BGB. auf und wie können diese in Anwendung eines vernünftig verstandenen Anlehnungsprinzips beseitigt werden?

1.) Wie schon in der Einleitung hervorgehoben, sind viele Streitfragen des Hypothekenrechts durch eine unklare Gesetzessprache entstanden, so vor allem durch die ungenaue Fassung der §§ 1113, Abs. 2, 1138 und 1163, Abs. 1. Eine klare Gesetzessprache in dieser Hinsicht kann nur gefunden werden durch eine eindeutige Stellungnahme zur „forderungsentkleideten Hypothek". Diese darf es im kommenden Hypothekenrecht nicht mehr geben. Bei einer klaren Trennung der Aufgaben von Hypothek und Grund-

[164]) a. a. O., S. 67 ff.

schuld[165]) besteht auch kein Bedürfnis mehr, nach einem solchen rechtlichen „Monstrum".

2.) Einer Erwägung wert wäre auch die Regelung im schwedischen und brasilianischen Recht, ob nicht nach einer längeren Zeit, also etwa nach 20—30 Jahren, das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Forderung und Hypothek wieder neu begründet werden müßte. Das hätte den Vorteil, daß die Beziehung zwischen Forderung und Hypothek auch bei sehr langfristigen Darlehensverträgen für Dritte immer deutlich hervortritt.

3.) Als angreifende Verteidigung gegen die Grundschuld ist vor allem eine Ausgestaltung der Höchstbetragshypothek notwendig. Für die Bevorzugung der Grundschuld gegenüber der Höchstbetragshypothek spricht auf Seiten des Gläubigers der Umstand, daß dieser bei Verfolgung des hypothekarischen Anspruches die Höhe seiner Forderung beweisen muß; bei der Grundschuld dagegen äußert ein Zurückbleiben der Forderung hinter dem eingetragenen Betrag grundsätzlich keine dinglichen Wirkungen. Der Grundschuldgläubiger kann also die Grundschuld in voller Höhe zur Geltung bringen, ohne Rücksicht darauf, wieviel von der Forderung in der Vergangenheit getilgt worden ist. — Vom rechtspolitischen Standpunkt aus ist dies keine restlos befriedigende Lösung: dem Grundschuldgläubiger wird eine zu starke Rechtsstellung eingeräumt, zumal es sich bei dieser doch gewöhnlich um ein Kreditinstitut handelt, dem es im allgemeinen bei der genaueren Geschäfts- und Buchführung leichter fällt, die Forderung zu beweisen. Kober[166]) sagt mit Recht, daß es schwer sei, hier eine sowohl dem Gläubiger als dem Schuldner gerechtwerdende Fassung zu finden.

Die Höchstbetragshypothek müßte nun so umgestaltet werden, daß sie die bisherigen Aufgaben der Sicherungsgrundschuld auch erfüllen kann. An folgende Aenderungen wäre dabei zu denken:

a) Sie müßte Briefhypothek werden. In dieser Form wäre die Höchstbetragshypothek im Großverkehr leichter und für den Schuldner diskreter zu verwenden. In Anbetracht, daß gewöhnlich Sparkassen oder Banken diese Hypothekenbriefe in Händen haben, werden sich aus dieser Umgestaltung zur Briefhypothek keine nennenswerten Nachteile ergeben.

b) Die Höchstbetragshypothek müßte in Bezug auf die Beweislastverteilung der Sicherungsgrundschuld dadurch angenähert werden, daß auch für sie teilweise der Schutz des guten Glaubens durchgeführt wird. Dieser läßt sich allerdings wegen der Unbestimmtheit der Forderung nicht restlos durchführen. Das liegt

---

[165]) Vergl. die Ausgestaltung der schweizerischen Gült, die nur unter bestimmten Voraussetzungen zugelassen wird.

[166]) Kober, zu § 1191, I, 6 c.

aber in der Natur der Sache und hat mit dem Anlehnungsprinzip nichts zu tun[167]).

In dem Augenblick aber, in dem die Forderung, für die die Höchstbetragshypothek endgültig haftet, festgestellt ist, müßte der Schutz des § 892 durchgreifen. Eine so ausgestaltete Höchstbetragshypothek würde von den Kreditinstituten wieder häufiger angewandt werden, da ihnen jetzt bezüglich der Forderung auch eine Beweiserleichterung geboten ist.

c) In Weiterführung der schon in der Entscheidung des OLG., Bd. 18, S. 337 gemachten Feststellung, wonach auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung eine Unbestimmtheit bei der Höchstbetragshypothek niemals vorhanden ist, müßte ein Weg gefunden werden, um auch bei dieser eine rasche Zwangsvollstreckung zu ermöglichen. Damit wäre auch der letzte wesentliche Nachteil der abhängigen Höchstbetragshypothek gegenüber der selbständigen Grundschuld beseitigt.

Man soll nicht glauben, daß die Verringerung der Anwendungsmöglichkeiten der Grundschuld eine ungerechtfertigte und nachteilige Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit darstellen würde. Bis zur Inflation fand als Grundpfandrecht nahezu ausschließlich die Hypothek Anwendung. Die wirtschaftliche Katastrophe der Geldentwertung hat auch wohl dazu beigetragen, das Vertrauen in die Hypothek zu erschüttern. Genau so wenig aber wie bei Beginn der Neuzeit die Abhängigkeit der gemeinrechtlichen Hypothek zur Zerrüttung des Grundkredites geführt hat, ebenso wenig gilt dies für die Hypothek zur Zeit der Inflation.

Rückblickend kann man sagen, daß das deutsche Hypothekenrecht die Anlehnungsgrundsätze auf alle Erscheinungsformen der Hypothek Anwendung finden läßt, wenn auch der Grad der Abhängigkeit verschieden ist. Gerade diese Mäßigung zeigt, daß der deutsche Jurist der Vergangenheit und der Gegenwart das Anlehnungsprinzip nicht aus Bequemlichkeit aufgestellt hat. Dessen Anerkennung verrät vielmehr seinen Mut, sich der gestaltenden Kraft eines als richtig erkannten Rechtsprinzips anzuvertrauen, trotzdem er wohl weiß, daß jeder „Fall" wieder etwas anders liegt.

---

[167]) Wenn z. B. eine Grundschuld mit einer Forderung verknüpft ist, deren Höhe bei der Begründung der Grundschuld noch nicht feststand, und dieses Rechtsverhältnis mit in den Streit hineingezogen wird, so kann dem Grundschuldgläubiger auch eine Nachweispflicht über das Bestehen der Forderung, ähnlich wie bei einer Sicherungshypothek erwachsen (RGG., Bd. 60, S. 247). Dieses Beispiel zeigt nebenbei bemerkt auch wieder, daß auf die Sicherungsgrundschuld, wenn sie ihre Aufgaben richtig erfüllen will, ausgesprochen hypothekenrechtliche Grundsätze Anwendung finden müssen.

Schrifttum

I. Lehrbücher, Einzelabhandlungen und Aufsätze.

Beseler, Georg: Gemeines Deutsches Privatrecht, Berlin 1866.

Binder, Julius: Zur Lehre von Schuld und Haftung in Jh. J., Bd. 77, S. 75 ff.

Boehm: Formelles und materielles Liegenschaftsrecht, 1898.

Boehmer, Gustav: Trennung von Hypothek und Forderung im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 123/335.

Brand-Schnitzler: Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, Berlin 1936.

Breitinger: Grundschulden als vorgehende Belastungen in Württ. Z. 1935, S. 245 ff.

Du Chesne: Wertrecht und Pfandrecht in Jh. J., Bd. 76, S. 207 ff.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II, 1905.

Crome, Carl: System des deutschen bürgerlichen Rechts II, 1905.

Dernburg, Heinrich (Jude): Pandekten I, 1896. Das Sachenrecht des Deutschen Reichs und Preußens 1908. Das preußische Hypothekenrecht, Leipzig 1877.

Eck, Ernst: Vorträge über das Recht des BGB., II, 1904.

Frankenstein, Ernst (Jude): Internationales Privatrecht, Berlin 1929.

v. Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht, II, Leipzig 1905, Schuld und Haftung, Breslau 1910.

Haff, Karl: Institution des deutschen Privatrechts, Stuttgart 1927.

Heck, Philipp: Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930.

Huber, Eugen: System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, IV, Basel 1893.

Hübner, Rudolph: Grundzüge des deutschen Privatrechts, Leipzig 1922.

Kohlmann, Richard: Pfandrechte (Mortgages und pledges) in „Zivilgesetze der Gegenwart", Bd. II, S. 428 ff.

Lange, Alfred: Das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung unter besonderer Berücksichtigung des gutgläubigen Erwerbs der Hypothek, Erlangen 1934.

Mayr, Robert: Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts, I, Reichenberg 1922.

v. Meibom, Viktor: Mecklenburgisches Hypothekenrecht, Leipzig 1871.

Oertmann, Paul: Rechtsbedingungen, Erlangen 1924.

Planitz, Hans: Das deutsche Grundpfandrecht in der Sammlung: Forschungen zum deutschen Recht, Bd. 1, Heft 4, Weimar 1936.

Rohlfing, Theodor: Unter dem Stichwort Grundschuld und Hypothek im rechtsvergleichenden Handwörterbuch, vergl. unten III!

Sawadsky, S.: In „Das Recht Sowjetrußlands", herausgegeben von Marklezow u. a., Abschnitt V, Bürgerliches Recht. 1. Allgemeiner Teil, Sachen- und Obligationsrecht, S. 247—332.

Schönfeld, Walther: Die logische Struktur der Rechtsordnung, Leipzig-Berlin, 1927.

Schott, Hermann: Ueber die akzessorische Natur des Pfandrechts in Jh. J. Bd. 15, S. 1 ff.

Schreiber, Otto: Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik, I, Leipzig 1914.

v. Schwind, Ernst, Freiherr: Wesen und Inhalt des Pfandrechts, Jena, 1899.

Stobbe, Otto: Deutsches Privatrecht, Bd. III, Berlin 1897.

Wendt, Otto: Rechtssatz und Dogma in Jh. J., Bd. 29, S. 67.

Willms Martin: Ueber das Verhältnis der Hypothek zur hypothekarisch gesicherten Forderung im geltenden Recht, Göttingen 1927.

Wolff, Martin: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III, Marburg 1929. (Jude)

Wunderlich: Bemerkungen zu § 4 des Aufwertungsgesetzes in D.J.Z., 1926, S. 15.

Wieacker, Franz: Bodenrecht, Hamburg, 1937.

II. Kommentare.

Achilles, Alexander: Kommentar zum Preußischen Eigentumserwerbgesetz u. a., Berlin 1881.

Bähr, Otto: Gegenentwurf zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches, Kassel 1892.

Biermann, Johannes: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1914.

Fischer-Schäfer: Die Gesetzgebung betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, Berlin 1902.

Güthe-Triepel: Grundbuchordnung für das Deutsche Reich, II, 1929.

Klang, Heinrich: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Oesterreichs, I, Wien 1931.

Kommentar der Reichsgerichtsräte, III, 1934.

Leemann, Hans: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV, Sachenrecht, II. Abteilung, Berlin 1925.

Michaelis, Richard: Kommentar zur III. Steuernotverordnung, 1924.

Mügel, Oskar: Kommentar zum Aufwertungsgesetz, Berlin

Predari, C.: Grundbuchordnung, 1913.

Soergel, Hs. Th.: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1929.

Staudinger-Kober: Kommentar zum Sachenrecht, III, 2, München 1936.

Wolff, Theodor: Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetz, Berlin 1909.

III. Sonstiges.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich, III, Berlin 1896.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB., III, Berlin 1898.

Mugdan, B.: Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich, III, Berlin 1899.

Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Dr. F. Schlegelberger, Berlin.

Bd. III, Buchstabe E—Gru 1929
Artikel: Grundschuld von Theodor Rohlfing, S. 817ff.

Bd. IV, Buchstabe Gü—H 1933
Artikel: Hypothek von Theodor Rohlfing, S. 267ff.

Zivilgesetze der Gegenwart, begründet von Prof. Karl Heinsheimer (Jude).

Bd. I, Frankreich 1932.

Bd. II, England 1928.

Bd. III, Brasilien 1931.

Paragraphen ohne weiteren Zusatz sind solche des BGB.

Inhaltsverzeichnis

Seite

A) Einleitung: Aufgabe und Gang der Arbeit . . . 5

B) Hauptteil:

I. Allgemeiner Teil:

§ 1. Die Hypothek, ihre wirtschaftliche Rolle und ihre systematische Stellung innerhalb des BGB. 7

§ 2. Der Begriff der Akzessorietät . . . 9

II. Besonderer Teil:

1. Abschnitt: Ueberblick über die Gestaltung des Abhängigkeitsverhältnisses von Forderung und Hypothek im Laufe der Geschichte

§ 3. Allgemeines 13

§ 4. Das deutsche Grundpfandrecht . . . 13

§ 5. Die Entwicklung der Hypothek nach der Rezeption des römischen Rechts . 15

§ 6. Das Abhängigkeitsverhältnis von Forderung und Hypothek in der Partikulargesetzgebung des 18. und 19. Jahrhunderts 16

2. Abschnitt: Geltendes Recht

1. Unterabschnitt: Das Recht des BGB

Vorbemerkung: Entstehungsgeschichte . . 22

1. Kapitel: Das Verhältnis der Hypothek zur Forderung bei der Verkehrshypothek . 23

§ 7. Die Forderung als Entstehungsbedingung der Hypothek . 24

§ 8. Die Begrenzung der hypothekarischen Haftung durch die Forderung. . 28

§ 9. Der Uebergang der Hypothek bei vertraglichem oder gesetzlichem Forderungsübergang 28

§ 10. Der Untergang der Hypothek bei Erlöschen der Forderung 34

2. Kapitel: Seite

§ 11. Das Verhältnis der Hypothek zur Forderung bei der Sicherungshypothek 45

3. Kapitel:

§ 12. Einwirkung der Hypothek auf die Forderung 46

§ 13. Die Hypothek in der Zwangsvollstreckung 47

§ 14. Die Höchstbetragshypothek . . . 49

2. Unterabschnitt: Das Recht außerhalb des BGB.

§ 15. Aufwertungsgesetzgebung . . . 52

§ 16. Sonstige Rechtsgebiete 54

3. Unterabschnitt: Zwischenstaatliches Recht

§ 17. Einwirkungen des zwischenstaatlichen Rechts auf das Verhältnis von Forderung und Hypothek 56

4. Unterabschnitt: Rechtsvergleichende Betrachtungen

§ 18. Allgemeines 57

Das Verhältnis von Forderung und „Hypothek" im:

§ 19. österreichischen und schweizerischen Recht (mit Hinweisen auf das schwedische und dänische Recht) . . . 58

§ 20. französischen, brasilianischen und lettischen Recht 61

§ 21. russischen Recht; 62

§ 22. englischen und amerikanischen Recht . 62

C) Schluß

§ 23. Zusammenfassung des Ergebnisses; Vorschläge für das kommende Recht . 65

Lebenslauf

Am 4. Januar 1904 wurde ich, Erwin Lehmann, zu Tübingen als Sohn des Alfred Lehmann, Kaufmann, und seiner Ehefrau Emilie, geb. Klett geboren. Vom Jahre 1914 ab besuchte ich die Oberrealschule in Tübingen, die ich im Frühjahr 1922 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Nach Ableistung einer zweijährigen kaufmännischen Lehre erwarb ich mir nach einjährigem Besuch des Technikums für Textilindustrie Reutlingen das Diplom der Spinnerei-Abteilung und anschließend im Frühjahr 1926 die Abgangsbescheinigung der Webereiabteilung. Nach ¾jähriger praktischer Tätigkeit widmete ich mich seit Winter 1927 an der Universität Tübingen dem Studium der Rechtswissenschaft und bestand am 9. Dezember 1933 die erste höhere Justizdienstprüfung in Tübingen. Seit 15. Dezember 1933 bin ich Gerichtsreferendar in Tübingen.